This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

Verlag von Speyer & Peters, Berlin N. W

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Mar. 24, 1904

Das Bürgerliche Re

des

Deutschen Reichs.

Von

Dr. Ed. Heilfron,
Amtsgerichtsrat.

I. Teil.

Geschichte des Bürgerlichen Rechts.

I. Abteilung: **Römische Rechtsgeschichte und System d Römischen Privatrechts.**

II. Abteilung: **Deutsche Rechtsgeschichte. Staatsrecht. Kirchenrecht.**

II. Teil.

Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbu

---

Berlin.
Speyer & Peters.
Buchhandlung für Universitäts-Wissenschaften.
43 Unter den Linden 43.
1903.

Römische Rechtsgeschichte

und

System des römischen Privatrechts.

Von

Dr. Ed. Heilfron,
Amtsgerichtsrat.

(Fünfte Auflage der Römischen Rechtsgeschichte.)

Berlin.
Speyer & Peters.
Buchhandlung für Universitäts-Wissenschaften.
43 Unter den Linden 43.
1903.

Rec. Mar. 24, 1904

Vorwort.

Die erste Abteilung meines Werkes, die „Römische Rechtsgeschichte", enthielt bisher lediglich die sog. äußere Rechtsgeschichte, die Geschichte der Verfassung und der Rechtsquellen. Es fehlte dagegen eine zusammenhängende Darstellung des römischen Privatrechts; vielmehr war die innere römische Rechtsgeschichte, die Entwickelungsgeschichte der einzelnen Institute des römischen Rechts, nur im „Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts" in Verbindung mit den entsprechenden Instituten des BGB. dargestellt.

Für den Anfänger ist nun aber eine systematische Darstellung des römischen Privatrechts zur Einführung in das Gebiet des bürgerlichen Rechts völlig unentbehrlich. Es ist ja gelegentlich der Einführung des BGB. und der dadurch bedingten Neugestaltung des Rechtsunterrichts der Gedanke aufgetaucht, ob es nicht geboten sei, die Vorherrschaft des römischen Rechts in den ersten Studiensemestern zu brechen und die Einführung des jungen Juristen in das bürgerliche Recht vom geltenden Recht aus zu bewirken. Die neuen Studienordnungen haben sich diesen Versuchen gegenüber ablehnend verhalten und gehen nach wie vor vom römischen Recht aus. In der Tat ist das römische Recht für den juristischen Anfangsunterricht nicht zu entbehren. Die Römer haben die grundlegenden Begriffe und Institute des bürgerlichen Rechts geschaffen. Das römische Recht läßt ferner in

seiner verhältnismäßigen Einfachheit die Grundpfeiler, auf denen das Gebäude des Privatrechts ruht, weitaus deutlicher hervortreten als das verwickelte moderne Recht. Vor allem aber bieten die Quellen des römischen Rechts ein so unübertreffliches und mindestens noch zur Zeit durch nichts anderes zu ersetzendes Mittel für die Ausbildung der juristischen Denkkraft und Urteilsfähigkeit dar, daß das Studium des römischen Rechts schon deshalb geboten ist, weil es den jungen Juristen die Benutzung dieses Bildungsmittels ermöglicht.

Hat hiernach das römische Recht trotz der Einführung des BGB. seine Bedeutung für den juristischen Anfangsunterricht behalten, so fragt es sich doch, ob die Art, in welcher römisches Recht auf den Universitäten gelehrt zu werden pflegt, dem zeitigen Bedürfnis entspricht.

„Der junge Student, welcher — selten einem inneren Drange folgend, meist von äußerlichen Erwägungen geleitet — die Universität zum Zwecke des Rechtsstudiums bezieht, bringt die Überzeugung mit, daß die Rechtswissenschaft eine durchaus praktische, alle Seiten des staatlichen und privaten Lebens berührende, sozusagen moderne Wissenschaft ist. Und was hört er in seinen ersten Kollegien? Römische Rechtsgeschichte, Römische Institutionen, also — nach seiner Anschauung — Rechtsgebiete, welche mit dem modernen Recht in keinem Zusammenhange stehen, und die „man höchstens zum ersten Examen braucht", um sie möglichst bald wieder zu vergessen! Würde den jungen Juristen von vornherein klar gemacht werden, daß unser modernes Civilrecht zum großen Teil auf dem römischen beruht, würde ihnen bei jedem Rechtsinstitut in lebendiger Weise die Fortentwickelung bis auf die heutige Zeit dargelegt werden, würden m. a. W. die Dozenten nicht Geschichte und Institutionen des römischen, sondern des heutigen Gemeinen Rechts lesen — so würde den jungen Juristen das heute so häufig vermißte Interesse an den einführenden Vorlesungen erhalten bleiben, und es

würde ihnen eine umfassende Übersicht über das moderne Recht dargeboten werden, welche ihnen die Fortsetzung ihrer Studien wesentlich erleichtern würde."

Diese Grundsätze, welche ich (1893) im Vorwort zur ersten Auflage der Römischen Rechtsgeschichte zum Ausdruck brachte, müssen nach meinem Dafürhalten in noch höherm Maße nach der Einführung des BGB. Platz greifen. Nachdem das römische Recht seine unmittelbare Geltung in Deutschland verloren hat, erscheint es durchaus ungerechtfertigt, es anders zu lehren als in stetem Hinblick auf das geltende Recht. Daher darf die Darstellung nicht mit dem justinianischen Recht abgeschlossen werden; vielmehr sind überall die Übergänge darzulegen, welche vom römischen Recht zum geltenden Reichsrecht hinüberleiten.

Sonach stellt das vorliegende Buch zwar das römische Privatrecht in seiner Entwickelung und in der ihm im Corpus iuris civilis gegebenen Gestalt dar; bei jedem Rechtsinstitut aber ist die weitere Entwickelung durch das Gemeine Recht hindurch bis auf das BGB. angegeben, natürlich in der durch den Zweck des Buches — die jungen Juristen vom römischen Recht aus in das heutige bürgerliche Recht einzuführen — gebotenen Beschränkung. Die eingehende Darstellung des heute geltenden Privatrechts hat — unter kurzer Wiederholung seiner Entwickelungsgeschichte — im „Lehrbuch" zu erfolgen.

Bei den aus dem Vorstehenden sich ergebenden Zielen des Buches blieb mir jedes Schwanken über das zu wählende System erspart. Will man römisches Privatrecht nicht um seiner selbst willen, sondern zwecks Einführung in das geltende bürgerliche Recht lehren, so erscheint es ganz selbstverständlich, daß man das System des Gesetzbuchs wählt, welches die Grundlage des heutigen Privatrechts bildet. Somit schließt sich dieses Buch eng dem System des BGB. an. Dadurch möchte ich zunächst erreichen, daß dem Leser der Zusammenhang zwischen Vergangenheit und Gegenwart und die Be-

deutung der einzelnen Sätze des römischen Rechts für das heutige Recht klar wird. Ferner aber hoffe ich, daß der stete Hinweis auf das BGB. und die sonstigen Reichsgesetze meine jungen Leser dazu veranlassen wird, vom ersten Tage ihres Rechtsstudiums an den Gesetzestext zur Hand zu nehmen. Wer sich von vornherein daran gewöhnt, bei der Durcharbeitung eines Rechtsgebiets und bei jeder ihm zur Entscheidung unterbreiteten Frage den Gesetzestext zu Grunde zu legen, der wird ein selbständig denkender und urteilender Jurist werden und nicht — wie man dies bei jüngeren Juristen so häufig findet — jede in einem Lehrbuche ausgesprochene Meinung und jede oberstrichterliche Entscheidung kritiklos als unanfechtbare Wahrheit hinnehmen. —

Beim Schreiben dieses Buches hat mich der Wunsch geleitet, den jungen Juristen ein Führer und Berater beim Eindringen in das Gebiet des bürgerlichen Rechts zu sein, das ihnen stets die größten Schwierigkeiten bereitet. Möge das Buch dem gleichen Wohlwollen begegnen, das meinem Werke bisher in unverdientem Maße entgegengebracht worden ist.

Bei der Neubearbeitung der Römischen Rechtsgeschichte hat mir Herr Referendar Ernst Meene in Berlin, von dem auch die neuen §§ 33, 34 (Röm. Strafrecht u. Röm. Strafprozeß) herrühren, zur Seite gestanden; bei der Drucklegung hat mich ferner Herr Rechtskandidat Georg Fontheim in Berlin unterstützt. Beiden Herren spreche ich meinen verbindlichsten Dank aus.

Berlin, W. 35
Schöneberger-Ufer 43 I, 4. Juni 1903. **Heilfron.**

Inhalts-Verzeichnis.

Einführung in die Rechtswissenschaft.

Seite

§ 1. Grundbegriffe der Rechtswissenschaft 1
§ 2. Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs 37

I. Abteilung.

Römische Rechtsgeschichte und System des röm. Privatrechts.

A. Römische Rechtsgeschichte.

I. Buch: Geschichte der Verfassung.

§ 3. I. Periode: Bis zu den 12 Tafeln 47

II. Periode: Bis zum Ende der Republik.

§ 4. Allgemeine Übersicht über die Entwickelung 54
§ 5. Die Komitien 59
§ 6. Der Senat 68
§ 7. Die Staatsämter 71
§ 8. Die einzelnen Beamten 76
§ 9. Das Staatsgebiet 80

III. Periode: Bis zum Tode Diokletians.

§ 10. Der Prinzipat 83
§ 11. Komitien und Senat 86
§ 12. Die Beamten 87
§ 13. Das Staatsgebiet 89
§ 14. IV. Periode: Bis zum Tode Justinians 90

II. Buch: Geschichte der Rechtsquellen.

I. Rechtsquellen bis zur Kodifikation.

		Seite
§ 15.	Rechtsquellen. Einleitung	95
§ 16.	Leges Plebeivescita	95
§ 17.	Senatus Consulta	106
§ 18.	Constitutiones Principum	108
§ 19.	Edicta Magistratuum	113
§ 20.	Geschichte der römischen Rechtswissenschaft (Responsa Prudentium)	116
§ 21.	Kodifikation in den germanischen Reichen	128

II. Die Kodifikation durch Justinian

§ 22.	Übersicht	130
§ 23.	I. Vorbereitende Arbeiten	132
§ 24.	II. Pandectae s. Digesta	133
§ 25.	III. Institutiones	137
§ 26.	IV. Codex repetitae praelectionis	139
§ 27.	V. Novellae. VI. Rechtsstudium	140
§ 28.	Das Corpus iuris civilis	142

III. Fortbildung des Justinianischen Rechts.

§ 29.	Fortbildung im Orient	148
§ 30.	Fortbildung in Italien	149

III. Buch: Übersicht über die Rechtsentwickelung.

§ 31.	Das Privatrecht	152
§ 32.	Der Civilprozeß	165
§ 33.	Das Strafrecht	168
§ 34.	Der Strafprozeß	185

B. System des römischen Privatrechts.

Seite

§ 35. Die Bedeutung des römischen Privatrechts für das heutige bürgerliche Recht 198

— · —

Erstes Buch.

Allgemeiner Teil.

Erster Abschnitt.
Personen.

Erster Titel. Natürliche Personen (BGB. §§ 1—20).

§ 36. Die Rechtsfähigkeit. Allgemeines 200
§ 37. Einfluß des status 204
§ 38. Umstände, welche die Rechtsfähigkeit beeinflussen . . . 223

Zweiter Titel. Juristische Personen (BGB. §§ 21—89).

§ 39. Die juristischen Personen 232

Zweiter Abschnitt.
Sachen (BGB. §§ 90—103).

§ 40. Einteilung der Sachen 240
§ 41. Rechtserhebliche Eigenschaften der Sachen 253

Dritter Abschnitt.
Rechtsgeschäfte.

§ 42. Erwerb und Verlust der Rechte 264
§ 43. Rechtsgeschäfte. Allgemeines 268

Erster Titel. Geschäftsfähigkeit (BGB. §§ 104—115).

§ 44. Die Geschäftsfähigkeit 274

Zweiter Titel. Willenserklärung (BGB. §§ 116—144).

§ 45. Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung 288
§ 46. Betrug und Zwang 297
§ 47. Abgabe der Willenserklärung 303
§ 48. Inhalt der Rechtsgeschäfte 310
§ 49. Die Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte 313

Dritter Titel. Vertrag (BGB. §§ 145—157). Seite

§ 50. Der Vertrag 318

Vierter Titel. Bedingung. Zeitbestimmung (BGB. §§ 158—163).

§ 51. Die Bedingung 320
§ 52. Die Befristung 332

Fünfter Titel. Vertretung. Vollmacht (BGB. §§ 164—181).

§ 53. Vertretung und Vollmacht 335

Sechster Titel. Einwilligung. Genehmigung (BGB. §§ 182—185).

§ 54. Zustimmung zu fremden Rechtsgeschäften 345

Vierter Abschnitt.
Fristen. Termine (BGB. §§ 186—193).

§ 55. Bestimmung und Berechnung der Zeit 348

Fünfter Abschnitt.
Verjährung (BGB. §§ 194—225).

§ 56. Begriff und Arten der Verjährung 357
§ 57. Die Anspruchsverjährung 360

Sechster Abschnitt.
Ausübung der Rechte. Selbstverteidigung. Selbsthülfe (BGB. §§ 226—231).

§ 58. Ausübung und Schutz der Rechte 370

A. Selbstschutz.

§ 59. Selbstverteidigung und Selbsthülfe 374

B. Rechtsschutz.

§ 60. Rechtsschutz. Allgemeines 377
§ 61. Das römische Aktionensystem 380
§ 62. Die Verteidigung des Beklagten 392
§ 63. Die Wirkungen der Klageerhebung 403
§ 64. Die Wirkungen des Urteils 411

Siebenter Abschnitt.
Sicherheitsleistung (BGB. §§ 232—240).

§ 65. Die Sicherung der Rechte 419

Zweites Buch.
Recht der Schuldverhältnisse.

Erster Abschnitt.
Inhalt der Schuldverhältnisse (BGB. §§ 241—304).

		Seite
§ 66.	Begriff und Entstehung der Schuldverhältnisse . . .	427
§ 67.	Der Gegenstand der Schuldverhältnisse	432
§ 68.	Art und Umfang der Haftung	439
§ 69.	Ort und Zeit der Leistung	450
§ 70.	Unmöglichkeit der Leistung	453
§ 71.	Verzug	463
§ 72.	Erzwingbarkeit der Schuldverhältnisse	467

Zweiter Abschnitt.
Schuldverhältnisse aus Verträgen.

§ 73.	Erster Titel. Begründung. Inhalt des Vertrags (BGB. §§ 305—319)	474
§ 74.	Zweiter Titel. Gegenseitiger Vertrag (BGB. §§ 320 bis 327)	496
§ 75.	Dritter Titel. Versprechen der Leistung an einen Dritten (BGB. §§ 328—335)	499
§ 76.	Vierter Titel. Draufgabe. Vertragsstrafe (BGB. §§ 336 bis 345)	501
§ 77.	Fünfter Titel. Rücktritt (BGB. §§ 346—361) . .	505

Dritter Abschnitt.
Erlöschen der Schuldverhältnisse.

§ 78.	Erlöschen der Schuldverhältnisse. Allgemeines . . .	506
§ 79.	Erster Titel. Erfüllung (BGB. §§ 362—371) . . .	515
§ 80.	Zweiter Titel. Hinterlegung (BGB. §§ 372—386) .	518
§ 81.	Dritter Titel. Aufrechnung (BGB. §§ 387—396) .	519
§ 82.	Vierter Titel. Erlaß (BGB. §§ 397)	525

Vierter Abschnitt.
Übertragung der Forderung (BGB. §§ 398—413).

§ 83.	Voraussetzungen des Forderungsübergangs	526
§ 84.	Wirkungen des Forderungsübergangs	532

Fünfter Abschnitt.
Schuldübernahme (BGB. §§ 414—419).

§ 85.	Die Schuldübernahme	535

Sechster Abschnitt.

Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern

(BGB. §§ 420—432).

Seite

§ 86. Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern 537

Siebenter Abschnitt.

Einzelne Schuldverhältnisse.

Erster Titel. Kauf. Tausch.

I. Allgemeine Vorschriften (BGB. §§ 433—458).

§ 87. Begriff und Abschluß des Kaufvertrags 546
§ 88. Pflichten des Verkäufers und des Käufers 551
§ 89. II. Gewährleistung wegen Mängel der Sache (BGB. §§ 459—493) 556
§ 90. III. Besondere Arten des Kaufs (BGB. §§ 494 bis 514) 561
§ 91. IV. Tausch (BGB. § 515) 563

Zweiter Titel. Schenkung (BGB. §§ 516—534).

§ 92. Schenkung 564

Dritter Titel. Miete. Pacht (BGB. §§ 535—597).

§ 93. Locatio conductio rei 571

Vierter Titel. Leihe (BGB. §§ 598—606).

§ 94. Commodatum 582

Fünfter Titel. Darlehen (BGB. §§ 607—610).

§ 95. Mutuum 586

Sechster Titel. Dienstvertrag (BGB. §§ 611—630).

§ 96. Locatio conductio operarum 593

Siebenter Titel. Werkvertrag (BGB. §§ 631—651).

§ 97. Locatio conductio operis 597

Achter Titel. Mäklervertrag (BGB. §§ 652—656).

§ 98. Mäklervertrag 603

Neunter Titel. Auslobung (BGB. §§ 657—661).

§ 99. Auslobung 603

Zehnter Titel. Auftrag (BGB. §§ 662—676).

§ 100. Mandatum 604

Elfter Titel. Geschäftsführung ohne Auftrag (BGB. §§ 677–687).

Seite

§ 101. Negotiorum gestio 608

Zwölfter Titel. Verwahrung (BGB. §§ 688—700).

§ 102. Depositum 613

Dreizehnter Titel. Einbringung von Sachen bei Gastwirten (BGB. §§ 701—704).

§ 103. Receptum 617

Vierzehnter Titel. Gesellschaft (BGB. §§ 705—740).

§ 104. Societas 620

Fünfzehnter Titel. Gemeinschaft (BGB. §§ 741—758).

§ 105. Communio 627

Sechzehnter Titel. Leibrente (BGB. §§ 759—761).

Siebzehnter Titel. Spiel und Wette (BGB. §§ 762—764).

§ 106. Spiel und Wette 629

Achtzehnter Titel. Bürgschaft (BGB. §§ 765—778).

§ 107. Bürgschaft 631

Neunzehnter Titel. Vergleich (BGB. § 779).

§ 108. Vergleich 640

Zwanzigster Titel. Schuldversprechen. Schuldanerkenntnis (BGB. §§ 780–782).

§ 109. Abstrakte Schuldverträge 642

Einundzwanzigster Titel. Anweisung (BGB. §§ 783—792).

§ 110. Die Anweisung 643

Zweiundzwanzigster Titel. Schuldverschreibung auf den Inhaber (BGB. §§ 793—808).

§ 111. Wertpapiere 644

Dreiundzwanzigster Titel. Verlegung von Sachen (BGB. §§ 809–811).

§ 112. Vorlegung von Sachen und Urkunden 645

Vierundzwanzigster Titel. Ungerechtfertigte Bereicherung (BGB. §§ 812–822).

§ 113. Ungerechtfertigte Bereicherung 647

Fünfundzwanzigster Titel. Unerlaubte Handlungen (BGB. §§ 823—853).

Seite
§ 114. Obligationes ex delicto 654

Drittes Buch.

Sachenrecht.

§ 115. Sachenrecht. Allgemeines 671

Erster Abschnitt.

Besitz (BGB. §§ 854—872).

§ 116. Begriff und Arten des Besitzes 673
§ 117. Erwerb und Verlust des Besitzes 679
§ 118. Schutz des Besitzes 689
§ 119. Der Rechtsbesitz 704

Zweiter Abschnitt.

Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken (BGB. §§ 873—902).

Dritter Abschnitt.

Eigentum.

Erster Titel. Inhalt des Eigentums (BGB. §§ 903—924).

§ 120. Das Eigentum. Allgemeines 708
§ 121. Gesetzliche Eigentumsbeschränkungen 717

Zweiter Titel. Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken (BGB. §§ 925—928).

Dritter Titel. Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen (BGB. §§ 929—984).

§ 122. Eigentumserwerbsarten 729
§ 123. Übertragung 735
§ 124. Ersitzung 742
§ 125. Verbindung. Vermischung. Verarbeitung 757
§ 126. Fruchterwerb 763
§ 127. Aneignung 765
§ 128. Fund und Schatz 769

Vierter Titel. Ansprüche aus dem Eigentum (BGB. §§ 985—1007).

Seite

§ 129. Rei vindicatio 770
§ 130. Actio negatoria 782
§ 131. Actio Publiciana 784

Fünfter Titel. Miteigentum (BGB. §§ 1008—1011).

§ 132. Miteigentum 788

Vierter Abschnitt.

Erbbaurecht (BGB. §§ 1012—1017).

§ 133. Superficies und Emphyteusis 791

Fünfter Abschnitt.

Dienstbarkeiten (BGB. §§ 1018—1093).

§ 134. Dienstbarkeiten. Allgemeines 796
§ 135. Grunddienstbarkeiten 798
§ 136. Persönliche Dienstbarkeiten 803
§ 137. Entstehung der Dienstbarkeiten 811
§ 138. Untergang der Servituten 815
§ 139. Rechtsschutz der Dienstbarkeiten 817

Sechster Abschnitt.

Vorkaufsrecht (BGB. §§ 1094—1104) . . 819

Siebenter Abschnitt.

Reallasten (BGB. §§ 1105—1112) . . . 819

Das Pfandrecht.

Achter Abschnitt.

Hypothek. Grundschuld. Rentenschuld (BGB. §§ 1113—1203).

Neunter Abschnitt.

Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten (BGB. §§ 1204—1296).

§ 140. Begriff und Entwickelung des Pfandrechts 820
§ 141. Entstehung des Pfandrechts 828
§ 142. Gegenstand, Umfang, Inhalt des Pfandrechts . . . 835
§ 143. Mehrheit von Pfandrechten 847
§ 144. Übergang und Untergang des Pfandrechts 853

Viertes Buch.

Familienrecht.

Erster Abschnitt.

Bürgerliche Ehe (BGB. §§ 1297—1588).

		Seite
§ 145.	Eingehung der Ehe	858
§ 146.	Die Wirkungen der Eheschließung	869
§ 147.	Ehegüterrecht. Allgemeines	872
§ 148.	Die Dos	874
§ 149.	Parapherna und Eheschließung	888
§ 150.	Die Auflösung der Ehe	890

Zweiter Abschnitt.

Verwandtschaft (BGB. §§ 1589—1772).

§ 151.	Eheliche Abstammung	897
§ 152.	Väterliche Gewalt	901
§ 153.	Uneheliche Kinder	912
§ 154.	Annahme an Kindesstatt	914

Dritter Abschnitt.

Vormundschaft (BGB. §§ 1773—1921).

§ 155.	Vormundschaft. Allgemeines	920
§ 156.	Tutela impuberum	921
§ 157.	Cura	933

Fünftes Buch.

Erbrecht.

Erster Abschnitt.

Erbfolge (BGB. §§ 1922—1941).

§ 158.	Erbfolge. Allgemeines	935
§ 159.	Gesetzliche Erbfolge	943
§ 160.	Gewillkürte Erbfolge	963

Zweiter Abschnitt.

Rechtliche Stellung des Erben (BGB. §§ 1942—2063).

§ 161.	Erwerb der Erbschaft	979
§ 162.	Haftung des Erben f. d. Nachlaßverbindlichkeiten	991
§ 163.	Die Rechtsbehelfe des Erben	996
§ 164.	Mehrheit von Erben	1003

Dritter Abschnitt.

Testament (BGB. §§ 2064—2273).

Seite

§ 165. Testament. Allgemeine Vorschriften 1011
§ 166. Die Erbeinsetzung 1018
§ 167. Das Vermächtnis 1038
§ 168. Das Universalvermächtnis 1069
§ 169. Errichtung und Aufhebung letztwilliger Verfügungen . 1074

Vierter Abschnitt.

Erbvertrag (BGB. §§ 2274—2302).

§ 170. Die Erbverträge 1092

Fünfter Abschnitt.

Pflichtteil (BGB. §§ 2303—2338).

§ 171. Noterbrecht und Pflichtteilsrecht 1094

Sechster Abschnitt.

Erbunwürdigkeit (BGB. §§ 2339—2345).

§ 172. Die Erbunwürdigkeit 1108

Siebenter Abschnitt.

Erbverzicht (BGB. §§ 2346—2352) . . . 1111

Achter Abschnitt.

Erbschein (BGB. §§ 2353—2370) . . . 1111

Neunter Abschnitt.

Erbschaftskauf (BGB. §§ 2371—2385).

§ 173. Der Erbschaftskauf 1112

Anhang.

I. Rechtssprichwörter 1115
II. Die wichtigsten Titel des Corpus Iuris Civilis . . . 1118
Register 1121

Abkürzungen.

AG. = Landesausführungsgesetz.
ALR. = Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten v. 5. 2. 1794.
C. = Codex (Krüger).
BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch v. 18. 8. 1896.
CPO. = Reichscivilprozeßordnung v. 30. 1. 1877 (20. 5. 1898).
D. = Digesta (Mommsen).
EG. = Reichseinführungsgesetz.
ERG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.
FrG. = RG. über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit v. 17. 5. 1898 (20. 5. 1898).
G. = Gai Institutiones (Krüger-Studemund).
GBO. = Reichsgrundbuchordnung v. 24. 3. 1897 (20. 5. 1898).
GVG. = Reichsgerichtsverfassungsgesetz v. 27. 1. 1877 (20. 5. 1898).
HGB. = Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897.
I. = Institutiones (Krüger).
KO. = Reichskonkursordnung v. 10. 2. 1877 (20. 5. 1898).
Nov. = Novellae (Schöll-Kroll).
PrG. = Preußisches Gesetz.
PrVU. = Preußische Verfassungsurkunde v. 31. 1. 1850.
RG. = Reichgesetz.
RV. = Reichsverfassung v. 16. 4. 1871.
StGB. = Reichsstrafgesetzbuch v. 15. 5. 1871.
StPO. = Reichsstrafprozeßordnung v. 1. 2. 1877.
WO. = Wechselordnung.
X. = Liber Extra (Corp. Iur. Can.).
ZwVG. = RG. über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung v. 24. 3. 1897 (20. 5. 1898).

R. = Heilfron, Römische Rechtsgeschichte und System des römischen Privatrechts. 5. Auflage.
D. = Heilfron, Deutsche Rechtsgeschichte. 5. Auflage.
L. I = Heilfron, Lehrbuch, Allgemeiner Teil. 2. Auflage.
L. II = Heilfron, Lehrbuch, Recht der Schuldverhältnisse. 2. Auflage.
L. III = Heilfron, Lehrbuch, Sachenrecht. 2. Auflage.
L. IV = Heilfron, Lehrbuch, Familien- und Erbrecht.

Einführung in die Rechtswissenschaft.

§ 1. Grundbegriffe der Rechtswissenschaft[1]).

a. Recht.

Das Wort Recht hat zwei Bedeutungen[2]):

Recht (= rectum) im objektiven Sinne (norma agendi, Rechtsnorm) ist der Inbegriff erzwingbarer

---

[1]) Die Darstellung der in diesem Paragraphen behandelten grundlegenden Rechtsbegriffe, mit welcher man eine allgemeine Übersicht über das objektive Recht zu verbinden pflegt, nennt man juristische Encyklopädie (ἐγκύκλιος παιδεία, orbis doctrinae, Quintil. Institutio oratoria I, 10 § 1). Methodologie oder Hodegetik (ὁδηγητής = Wegweiser) ist die Lehre von der besten Einrichtung des Rechtsstudiums. Eine der berühmtesten methodologischen Schriften ist die 1668 von Leibniz verfaßte „Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae".

Der früher üblichen Vorlesung über juristische Encyklopädie (und Methodologie) entspricht seit der Umgestaltung des juristischen Studiums (unten S. 41[3]) die „Einführung in die Rechtswissenschaft".

Die obige Darstellung stellt zunächst den Begriff „Recht" fest (oben a) und beschäftigt sich dann mit den Grundlagen jeder Rechtsordnung, dem „Staat" (b) und den „Staatenverbindungen" (c), sowie mit den obersten „Einteilungen der Rechtsnormen" (d). Endlich ist auf die praktische „Anwendung der Rechtsnormen" (e), insbesondere hinsichtlich ihrer örtlichen (f) und zeitlichen (g) Grenzen und auf die wissenschaftliche Behandlung des Rechts (h, i) einzugehen.

[2]) Dieselbe Doppelbedeutung hat das lat. Wort „ius", das franz. „droit" und das ital. „diritto" (= directum); dagegen im Griechischen ὁ νόμος = obj. R., τὸ νόμιμον = subj. R., im Englischen law = obj. R., right = subj. R. — Im deutschen Sprach-

Regeln, welche das äußere Verhalten der Menschen zu einander bestimmen, oder, wie Kohler sich ausdrückt, die durch die soziale Natur des Menschen in sozialer Weise gegebene Zwangsordnung der menschlichen Lebensverhältnisse.

Recht im subjektiven Sinne (facultas agendi, Berechtigung) ist die durch das objektive Recht dem Einzelnen gewährte Befugnis („Wollendürfen"). Betätigt sich diese Befugnis gegen einen bestimmten Gegner, so ist ein Anspruch vorhanden.

Vom Recht (im objektiven Sinne) ist die Moral und die Sitte zu unterscheiden.

1. Moral ist der Inbegriff der Sittlichkeitsnormen. Sie unterscheidet sich vom objektiven Rechte dadurch, daß:

α. das Recht grundsätzlich erzwingbar ist, während zur Befolgung der Vorschriften der Moral der Mensch nur durch sein Gewissen angehalten wird;

β. das Recht nur das äußere, die Moral auch das innere Verhalten bestimmt.

Die Begriffe Recht und Moral decken sich daher nicht[3]).

---

gebrauche bedeutet Recht auch soviel wie Gericht, zB. in der Formel, die nach dem alten Gerichtsgebrauche den Schluß der Urteilsformel bildete: Von Rechts wegen (VRW.).

[3]) Non omne quod licet honestum est (D. 50, 17, 144, pr.). Doch werden in anderen Aussprüchen Recht und Moral als übereinstimmende Begriffe behandelt: Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi (od. tribuens). Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere (D. 1, 1, 10, pr. u. 1). Ius a iustitia appellatum; nam ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi (D. 1, 1, 1, pr.).

Freilich entspricht es nicht dem Rechtsideal, wenn Recht und Moral sich nicht decken. Tatsächlich wird dieser ideale Zustand jedoch nie erreicht, schon deshalb nicht, weil die Anschauungen davon, was als sittlich oder anständig und was als unsittlich oder unanständig zu gelten hat, in fortwährendem Wechsel begriffen sind. Immerhin hat der Gesetzgeber darüber zu wachen, daß nicht das Recht mit dem Sittlichkeitsempfinden weiter Bevölkerungskreise dauernd in Gegensatz tritt. Auf diese Erwägung ist die mannigfache Berücksichtigung der Moral, der „guten Sitten", des Grundsatzes von „Treu und Glauben" im BGB. (vgl. zB. §§ 138, 826, 157, 242) zurückzuführen.

2. Sitte ist das im Verkehre der Menschen untereinander übliche Verhalten. Sie hat mit dem Rechte gemein, daß sie nur das äußere Verhalten regelt, mit der Moral, daß sie nicht erzwingbar ist. Über die Bedeutung der Sitte (Rechtssitte) für die Rechtsbildung vgl. unten S. 18.

Vielfach sind aber auch sittliche und Anstandspflichten rechtlich erheblich, vgl. zB. BGB. § 814.

b. Staat.

Staat (status = état) ist die selbständige und dauernde Gemeinschaft der Bewohner eines bestimmten Gebiets unter einer höchsten nach feststehenden Grundsätzen ausgeübten Gewalt.

Zum Begriffe des Staats gehören hiernach folgende Merkmale.

1. Ein Volk, d. h. eine Vielheit natürlicher Personen. Vom Volk in diesem (politischen) Sinn unterscheidet man das Volk im ethnographischen Sinn oder die Nation, d. h. die Gesamtheit der durch gemeinsame Abstammung, Sprache und Sitte verbundenen Personen[4]). Das Volk im politischen Sinne deckt sich in der Gegenwart nur selten mit der Nation: daher findet in Staaten mit nationalen Mischungen (Österreich, Rußland, auch in den Grenzgebieten des Deutschen Reichs: Posen und Westpreußen, Nordschleswig) mitunter ein erbitterter Nationalitätenkampf statt, unter Geltendmachung des Nationalitätsprinzips, d. h. des Grundsatzes, daß jede Nation, selbst unter Änderung der bestehenden staatlichen Verhältnisse, berufen ist, für sich allein einen Staat zu bilden (zB. Irredenta, d. h. das unerlöste sc. Italien, Panslavismus). Dem gegenüber geht das

[4]) Die Nation ist wieder eine Unterart der Rasse, d. h. der durch gemeinsame anatomische Eigenschaften (Hautfarbe, Körperbau) gekennzeichneten Menschen. Andererseits sind Unterarten der Nation die Stämme, welche durch Zusammenwohnen, gemeinsame Mundart (Dialekt) innerhalb der nationalen Sprache, vielfach auch durch übereinstimmendes Recht sich in näherer Gemeinschaft befinden.

Legitimitätsprinzip (Metternich) von der Unveränderlichkeit der rechtmäßig erlangten Herrschergewalt aus.

2. Ein Staatsgebiet, d. h. ein abgegrenzter Teil der Erdoberfläche. Staatsgebiet sind auch die „Eigengewässer", d. h. die nationalen Ströme, Kanäle, Binnenmeere und -seen, letztere allerdings nur, falls die etwaige Verbindung mit dem offenen Meere von dem umschließenden Uferstaate beherrscht wird. Dagegen werden von vielen (zB. Liszt) die „Küstengewässer", d. h. das Meer, soweit es vom Lande beherrscht werden kann („ubi finitur armorum vis", „quousque mare a terra superari potest", auf Kanonenschußweite, herkömmlich 3 Seemeilen vom Uferrande zur Zeit der Ebbe) nicht als Staatsgebiet angesehen, wenn auch eine beschränkte Gebietshoheit durchweg anerkannt wird[5]). Als „schwimmende

[5]) Früher haben einzelne Staaten nicht nur über die Küstengewässer, sondern auch über Teile des offenen Meeres Souveränität beansprucht; so zB. Venedig über das Adriatische, Genua über das Ligurische Meer, Spanien und Portugal über die von ihnen entdeckten Meere. Gegen diese letzteren Ansprüche richtete sich die berühmte 1609 veröffentlichte Schrift „Mare liberum" von Hugo Grotius, dem Vater des modernen Völkerrechts, welcher wieder bekämpft wurde von dem Engländer Selden zu Gunsten der „engen Meere" zwischen England und Irland: „Mare clausum" (1635). Abgeschlossen wurde die Streitfrage im Sinne voller Meeresfreiheit durch die Schrift Bynkershoek's „De dominio maris" (1702). Neuerdings machten die Vereinigten Staaten nach Ankauf Alaskas von Rußland (1867) den Versuch, das Behringsmeer zu einem mare clausum zu erklären und beschlagnahmten englische Robbenfänger. Ein Schiedsgericht in Paris (1893) entschied jedoch zu Gunsten der Meeresfreiheit.

Die beschränkte Gebietshoheit über die Küstengewässer äußert sich in der Möglichkeit des Ausschlusses der Ausländer vom Fischfange (StGB. § 296a) und von der Küstenschiffahrt (cabotage, RG. vom 22. Mai 1881 betr. die Küstenfrachtfahrt), sowie in der Zulässigkeit der Untersuchung von Seeunfällen (RG. vom 27. Juli 1877; Seeämter, Oberseeamt in Berlin). Ob die inländischen Gerichte ohne weiteres oder nur auf Grund besonderer gesetzlicher Ermächtigung zur Verfolgung sonstiger in den Küstengewässern begangener Delikte zuständig seien, wurde gelegentlich des sog. Franconia-Falls streitig, in welchem der Kapitän des deutschen Schiffs Franconia in England wegen verschuldeten Zusammenstoßes bei Dover unter Anklage gestellt, aber in letzter Instanz wegen Unzuständigkeit der englischen Gerichte freigesprochen wurde. England erließ darauf 1878 die Territorial

Gebietsteile" bezeichnet man die inländischen Kriegs- und Kauffahrteischiffe auf offenem Meer. In fremden Häfen und in den anderen Eigengewässern, zB. geschlossenen Buchten, unterliegen die Kauffahrteischiffe der ausländischen Staatsgewalt; Staatsschiffe (insbesondere Kriegsschiffe, aber auch die für den Gebrauch der Souveräne und Gesandten bestimmten Schiffe) gelten jedoch für das öffentliche Recht auch dort als heimisches Gebiet[6]).

3. Eine Staatsgewalt, d. h. die höchste Macht im Staate zur Verwirklichung seiner Zwecke (Souveränität = supremitas, suprema potestas).

α. Die Souveränität zeigt sich:

a. in der Selbständigkeit nach außen. Jeder Staat hat jeden anderen Staat als gleichberechtigtes Glied der völkerrechtlichen Gemeinschaft anzuerkennen und sich daher in seine Angelegenheiten nicht einzumischen (Prinzip der Nichtintervention);[7])

---

waters iurisdiction act, durch welche die Zuständigkeit der englischen Gerichte für die Zukunft auch hinsichtlich der die englischen Küstengewässer nur durchfahrenden Handelsschiffe festgestellt ist.

Weit ausgedehnt war die Gebietshoheit über die britischen Küstengewässer in Oliver Cromwells Navigationsakte (1651), nach welcher die Einfuhr nach Großbritannien und Irland ausschließlich durch britische Schiffe erfolgen durfte (endgültig beseitigt 1849).

[6]) Das bedeutet, daß Staatsschiffe in keinem Falle der fremden Staatsgewalt unterstehen, so daß zB. die fremden Behörden auf einem in ihrem Hafen befindlichen Staatsschiffe keine Verhaftung, Pfändung oder Zustellung vornehmen dürfen. Dagegen gilt das Staatsschiff nicht etwa auch für das bürgerliche Recht in allen Beziehungen als Inland.

Erhält also zB. eine zur Besatzung eines deutschen Kriegsschiffs gehörende Person während des Aufenthalts des Schiffs in einem ausländischen Hafen Kenntnis vom Anfall einer Erbschaft, so beträgt die Ausschlagungsfrist 6 Monate, nicht 6 Wochen (BGB. § 1944 Abs. 3).

[7]) Zum Ausdrucke gebracht ist dies Prinzip zB. in der Botschaft des Präsidenten der Vereinigten Staaten, James Monroe, vom 2. Dezember 1823, worin die beiden Grundsätze (Monroedoktrin: „Amerika den Amerikanern") aufgestellt sind, daß einmal jede Einmischung der europäischen Mächte in die Angelegenheiten Amerikas

b. in der Unabhängigkeit nach innen. Daraus folgt die grundsätzlich unbeschränkte Macht des Staats über das Staatsgebiet (Territorialgewalt, Gebietshoheit) sowie über die darin befindlichen Personen und Sachen[8]).

β. Über die Entstehung und den Rechtsgrund der Staatsgewalt gibt es verschiedene Theorien:

a. Die historischen Staatstheorien suchen die Entstehung des Staats und das Vorhandensein einer Staatsgewalt geschichtlich zu erklären, entweder

1) durch eine Einsetzung Gottes (Theokratische Theorie, Königtum von Gottes Gnaden, Stahl); oder

2) durch den unwillkürlichen Trieb des Menschen zur Gesellung (Naturhistorische Theorie, ἄνθρωπος ζῶον πολιτικόν, Aristoteles); oder

3) aus der Überwältigung des Schwächeren durch den Stärkeren (Theorie der Übermacht); oder

4) aus einer Erweiterung der hausherrlichen Gewalt (Patriarchalische Theorie); oder

5) aus einem dem Herrscher zustehenden Eigentum am Staatsgebiet (Patrimoniale Theorie, vgl. D. § 6[1]).

b. Die rationellen Staatstheorien begründen die Entstehung des Staats vernunftgemäß, entweder

1) aus einem Vereinigungsvertrag, den die Bewohner eines Gebiets bei der ersten Gründung des Staats aus-

---

und ferner jeder Erwerb amerikanischen Gebiets durch eine europäische Macht ausgeschlossen sein solle.

Tatsächlich findet die Intervention häufig statt; so intervenierten England und Österreich nach dem Präliminarfrieden von St. Stefano zu Gunsten der Türkei, die Großmächte 1895 (auf Grund des Art. 61 des Berliner Vertrags) zu Gunsten der Armenier, die Vereinigten Staaten 1898 gegenüber Spanien zu Gunsten von Kuba.

Aus der Gleichberechtigung souveräner Staaten folgt, daß kein Staat sich eine Gerichtsbarkeit über einen fremden Staat, dessen Oberhaupt oder Vertreter (GVG. §§ 18 ff.) anmaßen darf. Streitig ist, ob sich dieser Grundsatz auch auf den Staat als Privatunternehmer (von Eisenbahnen usw., „Fiskus", unten § 39 b bezieht (dafür die herrschende Meinung).

[8]) Über die Kondominate und die sog. Staatsservituten vgl. S. 12[16], über die Exterritorialität S. 33.

drücklich oder stillschweigend geschlossen haben (contrat social — Jean Jacques Rousseau — Vertragstheorie), um der Anarchie ein Ende zu bereiten; oder

2) lediglich aus der vernünftigen Erwägung, daß ein Staat und eine Staatsgewalt die notwendigen Grundlagen des Miteinanderlebens von Menschen sind (Ideale Theorie).

γ. Über den Zweck des Staats (Staatsteleologie) gibt es hauptsächlich drei Theorien:

a. die Wohlfahrtstheorie (Eudämonismus, „Salus publica suprema lex"), welche als Zweck des Staats das allgemeine Wohl hinstellt (Fichte, Hegel), in ihrer Ausartung häufig jedoch zur Bevormundung des Volks und zum sog. Polizeistaate[9]) führt;

b. die Theorie des Rechtszwecks (Kant), nach welcher der Zweck des Staats ausschließlich im Schutz des Rechts zu suchen ist (Rechtsstaat, nach Lassalle „Nachtwächterstaat").[10]) Auf wirtschaftlichem Gebiete verneint diese Theorie die Zulässigkeit jedes staatlichen Eingreifens (laissez faire, laissez aller) und führt zum Freihandel; sie wird auch Manchestertheorie[11]) genannt;

---

[9]) Polizei ist hier in umfassendem Sinn als gesamte innere Staatstätigkeit gebraucht; diese Bedeutung liegt zB. auch den Reichspolizeiordnungen des Mittelalters (D. § 15 c 3) zu Grunde. Der heutige Begriff der Polizei deckt sich mit der — früher der Wohlfahrtspolizei (Volkswirtschaftspflege) gegenübergestellten — Sicherheitspolizei; vgl. den — in Art. 89 AGBGB. aufrechterhaltenen — § 10 ALR. II, 17: „Die nötigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung und zur Abwendung der dem Publiko oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizei."

[10]) Heute pflegt man den Ausdruck „Rechtsstaat" nicht zur Kennzeichnung des Staatszwecks, sondern in der Bedeutung von „Verfassungsstaat" zu gebrauchen und bezeichnet damit einen Staat, in welchem die Grenzen der Regierungsgewalt gegenüber den Regierten durch das Gesetz (die Verfassung) genau festgestellt sind. Den Gegensatz hierzu bildet der absolute Staat.

[11]) So genannt, weil die Stadt Manchester den Mittelpunkt der freihändlerischen Bewegung gegen die Kornzölle in England bildete (Antikornzollliga 1839, Cobden). Den Gegensatz gegen das „Manchestertum", welches alles der eigenen Verantwortlichkeit des

c. die Vereinigungstheorie, welche als Zweck des Staats die Entwickelung des Volks in jeder Hinsicht aufstellt, also Schutz nach Außen, Rechtsschutz im Innern, Unterstützung der geistigen und wirtschaftlichen Interessen des Volks, jedoch unter Wahrung seiner selbständigen Entwickelung[12]) (Kulturstaat).

δ. Der Inhaber der Staatsgewalt und das Verhältnis der letzteren zu den Staatsangehörigen wird durch die Staatsverfassung bestimmt.

Aristoteles (384—322 v. Chr.) unterscheidet in seiner „Politik“:

a. Monarchie (Herrschaft eines Einzelnen, μόνος),
b. Aristokratie (Herrschaft der Besten, ἄριστοι),
c. Demokratie (Herrschaft des Volks, δῆμος).

Wird die Staatsgewalt nicht im Interesse der Gesamtheit, sondern im selbstsüchtigen Interesse einzelner ausgeübt, so entstehen Ausartungen (παρεκβάσεις) dieser ordnungsmäßigen Staatsformen, nämlich a. Despotie, b. Oligarchie, c. Ochlokratie (Pöbelherrschaft). — Aristoteles erklärt es für eine geschichtliche Notwendigkeit, daß als Staatsformen in einem Kreislaufe: Monarchie, Aristokratie, Oligarchie, Demokratie, Ochlokratie, Tyrannis, Monarchie aufeinander folgen müssen.

Macchiavelli[13]) (1469—1527) teilt die Staaten, je

Einzelnen überläßt, bildet der Kathedersozialismus (so genannt, weil er zuerst von Professoren — Held, Nasse, Schmoller, Adolf Wagner — begründet wurde), welcher den Schutz des wirtschaftlich Schwachen durch den Staat für erforderlich erklärt. Staatssozialismus nennt man diejenige nationalökonomische Richtung (Schäffle), welche die Gemeinwirtschaft des Staats und der Kommunen an die Stelle der Privatwirtschaft zu setzen bestrebt ist, aber im Gegensatze zur Sozialdemokratie unter Aufrechterhaltung der Monarchie.

[12]) Ähnlich ist in der Einleitung zur RV. als Zweck des „Deutschen Reichs“ angegeben: „Schutz des Bundesgebietes und des innerhalb desselben gültigen Rechts, sowie Pflege der Wohlfahrt des Deutschen Volkes.“

[13]) Macchiavelli schildert in seinem Hauptwerk „Il principe“ („Der Fürst“, 1514) einen Fürsten, der (wie Cesare Borgia) durch

nachdem ein Einzelner oder eine Mehrheit herrscht, in Monarchien und Republiken, und letztere in Aristokratien und Demokratien.

Die monarchische Staatsgewalt kann durch Wahl oder durch Erbgang (Thronfolge) übertragen werden (Wahl- und Erbmonarchie). Die in der Gegenwart allein vorkommende Erbmonarchie hat zwei verschiedene Formen: die konstitutionelle und die absolute Monarchie, je nachdem dem Volk eine Teilnahme an der Ausübung der Staatsgewalt verfassungsmäßig[14]) gewährleistet ist oder der Monarch

---

rücksichtsloses Handeln seine Herrschaft begründet. Macchiavellismus nennt man daher eine der sittlichen Grundlage entbehrende Staatskunst. Friedrich der Große schrieb einen „Antimacchiavell".

[14]) Ist die Verfassung vom bisherigen Inhaber der Staatsgewalt einseitig gegeben (wie die Pr. Verfassung vom 5. Dezember 1848), so spricht man von „oktroyierter Verfassung". Haben nur einzelne bevorrechtigte Klassen das Recht der Mitwirkung (wie in Mecklenburg), so ist „Ständische Verfassung" vorhanden, im Gegensatze zur „Repräsentativ-Verfassung", wenn das gesamte Volk durch gewählte Vertreter (Parlament) dieses Recht ausübt. „Parlamentarische Regierung" liegt vor, wenn, wie in England und Belgien, der Schwerpunkt der Regierung bei der Volksvertretung, aus deren jeweiliger Mehrheit das Ministerium zu bilden ist, nicht beim Souverän liegt („roi fainéant"; „le roi règne, mais il ne gouverne pas"). Auch in diesem Falle wird aber der Souverän nicht in die Stellung eines bloßen Präsidenten herabgedrückt. Vielmehr unterscheidet er sich von einem solchen durch seine Unabsetzbarkeit, Unverantwortlichkeit („der König kann nicht Unrecht tun" „the king can do no wrong", spr. rong, unten § 10[8]) und die nicht beschränkte Dauer seiner Herrschaft.

In welcher Weise die Ausübung der Staatsgewalt zwischen dem Monarchen und dem Parlamente geteilt ist, hängt von der Verfassung unter Berücksichtigung der Umstände ab, unter welchen diese entstanden ist. In dieser Beziehung hat Bismarck bereits 1849 in der damaligen II. Kammer (Abgeordnetenhaus) auf den Unterschied zwischen der preußischen und der belgischen (vielfach zum Muster genommenen) Verfassung hingewiesen, daß der belgische König „par la grâce de Dieu et la volonté du peuple" nur diejenigen Rechte erhalten hat, welche ihm in der Verfassung eingeräumt sind („Le roi n'a d'autres pouvoirs que ceux que lui attribuent formellement la constitution ou les lois portées en vertu de la constitution", Art. 78 der Belgischen Verfassung), während der preußische König „Von Gottes Gnaden" alle diejenigen Befugnisse behalten hat, welche er nicht aufgegeben hat. .In Zweifelfällen (zB. betreffs der streitigen

die Staatsgewalt allein ausübt (Ludwig XIV.: L'État c'est moi!).

ε. Die Staatsgewalt (in ihrer Tätigkeit **Regierung** genannt) kann in verschiedenen Richtungen ihre Wirksamkeit äußern. Aristoteles teilt in seiner „Politik" die Staatsgewalt nach ihrer Wirksamkeit ein in:

a. *τὸ βουλευόμενον* (Gesetzgebung),
b. *τὸ δίκαζον* (Rechtsprechung),
c. *τὸ περὶ τὰς ἀρχάς* (Amtsgewalt),

} Trias politica.

Ähnlich unterscheidet Montesquieu (1689—1755, in liv. XI chap. 6 seines 1748 erschienenen Werks „De l'esprit des lois"): a. pouvoir législatif (Gesetzgebung), b. pouvoir de juger (Justiz), c. pouvoir exécutif (Verwaltung) und stellt den (von der neueren Wissenschaft wieder aufgegebenen) Grundsatz auf, daß niemals zwei dieser Gewalten in einer Hand sein dürfen (**Lehre von der Trennung der Gewalten**).[15])

Die Rechte, welche dem Staate zur Erreichung der von ihm zu verfolgenden Zwecke zustehen, heißen **Hoheitsrechte** (Regalia i. w. S., D. § 9[3]).

c. Staatenverbindungen.

Wie der einzelne Mensch das Rechtssubjekt des Privatrechts (unten § 36), so ist der einzelne Staat das Rechtssubjekt des Völkerrechts. Der Gemeinschaft der Menschen (der menschlichen Gesellschaft) entspricht die Gemeinschaft der

---

Frage, ob der König zum gnadenweisen Erlasse der Stempelsteuer befugt sei) spricht daher in **Preußen** eine „praesumtio pro rege". Aus der Entstehungsgeschichte der RV. dagegen folgt, daß der **deutsche Kaiser** nur die Rechte hat, die ihm ausdrücklich durch die Verfassung **übertragen** sind.

[15]) Montesquieus Lehre hat einen entscheidenden Einfluß auf die Verfassungen der Vereinigten Staaten von Nordamerika (1787), Frankreichs (1791), Belgiens (1831) und damit fast aller Staaten ausgeübt. Über PrVU. Art. 106 vgl. unten S. 17. In Preußen ist die Trennung von Justiz und Verwaltung erst durch die Stein-Hardenbergsche Neugestaltung (1809) bewirkt worden (D. § 20 b 2). Über die Trennung von imperium und iurisdictio in Rom vgl. unten § 7 d.

(zivilisierten) Staaten. In gleicher Weise nun wie die menschlichen Individuen, können die Staatenindividuen mit einander in Verbindung treten.

Die Vereinigung mehrerer Rechtssubjekte des Privatrechts kann, wie unten § 39 dargestellt, in den verschiedensten Formen geschehen, welche sich zwischen den Endpunkten communio und universitas bewegen. In gleicher Weise können mehrere selbständige Staaten mit einander in eine mehr oder weniger enge Verbindung treten[16]). Eine solche

---

[16]) Zum Begriffe der Staatenverbindung gehören hiernach die folgenden Merkmale:

a. Mehrere selbständige Staaten müssen mit einander in Verbindung stehen. Daraus folgt:

1. Keine Staatenverbindung wird dadurch hervorgebracht, daß ein Staat in einem andern völlig aufgeht (Annexion, Inkorporation, zB. Hannover in Preußen, 1866) oder daß sich mehrere Staaten unter Aufgabe ihrer Selbständigkeit zu einem Einheitsstaate zusammenschließen (zB. Vereinigung von Westrom und Ostrom unter Theodosius I. im Jahre 392, unten § 14[1]).

2. Keine Staatenverbindung liegt vor, wenn die verbundenen Staaten nicht einander gleichgeordnet sind, sondern ein Staat zum anderen in einem Unterordnungsverhältnisse steht. Hierher gehört die sog. Halbsouveränität. Hierbei ist ein Staat auf gewissen Gebieten (besonders in der inneren Verwaltung) souverän, auf anderen der Oberherrlichkeit (Suzeränität) eines Oberstaats untergeordnet. Es handelt sich in solchen Fällen meist um ein Übergangsverhältnis von der völligen Abhängigkeit zur vollen Souveränität (so ist Bulgarien seit 1878 halbsouverän, bis dahin war es türkische Provinz) oder umgekehrt (so ist Madagaskar seit 1896 französische Kolonie, bis dahin war es halbsouverän).

Halbsouveräne Staaten sind gegenwärtig Ägypten (1840) und Bulgarien (1878) unter der Türkei; Tunis (1881), Kambodja (1863) und Annam (1874) unter Frankreich; einzelne Staaten in Indien und auf Borneo sowie Zanzibar (seit dem deutsch-englischen Vertrage vom 7. November 1890, durch den Helgoland an Deutschland fiel) unter England; die Chanate Chiwa und Buchara (1873) unter Rußland; die Republik Andorra unter Spanien und Frankreich; Kuba unter den Vereinigten Staaten von Amerika. Dagegen ist Monaco ein völlig unabhängiges Fürstentum. Streitig war das Verhältnis Englands zu der südafrikanischen Republik (Transvaal). Manche (so Liszt) betrachteten Transvaal vor dem letzten, 1902 beendeten Kriege, in welchem England die Burenrepublik annektierte, als völlig souverän, weil England (seit 1884) nur ein Veto hinsichtlich

Verbindung kann entweder rein völkerrechtlicher Natur sein, wenn sie lediglich unter den Grundsätzen des Völker-

---

der mit anderen Staaten als dem Oranjefreistaat eingegangenen Staatsverträge hatte. Die Samoainseln wurden durch den Berliner Vertrag vom 14. Juni 1889 (Samoaakte) der gemeinsamen Oberherrlichkeit Deutschlands, Englands und der Vereinigten Staaten unterstellt. Am 2. Dezember 1899 verzichteten England und die Vereinigten Staaten jedoch auf ihre Rechte auf die Inseln Upolu (mit Apia) und Savaii, und diese Inseln wurden sodann durch Kaiserl. Verordn. vom 17. August 1900 zu Schutzgebieten erklärt.

Keine Halbsouveränität wird dadurch begründet, daß sich ein Staat vertragsmäßig unter die Schutzherrschaft eines anderen begibt („Protectio non involvit subiectionem"). In diesem als Protektorat im ursprünglichen Sinne bezeichneten Verhältnisse steht San Marino seit 1862 zu Italien. Heute wird der Ausdruck Protektorat auch verwendet: zur Bezeichnung der Oberherrlichkeit (so besonders in Frankreich), der Landeshoheit über Kolonien, endlich auch der Rechte innerhalb der „Interessensphäre", d. h. gewisser noch nicht kolonisierter Gebiete, innerhalb welcher das Recht der Aneignung durch Staatsverträge der beteiligten Staaten einem Staat ausschließlich überwiesen ist.

b. Eine Staatenverbindung liegt ferner nur vor, wenn mehrere Staaten — in einer der privatrechtlichen Personenvereinigung ähnlichen Weise (unten § 104) — als Rechtssubjekte zu einander in Verbindung stehen. Von Staatenverbindung spricht man also nicht, wenn die Verbindung nur dadurch hergestellt wird, daß die mehreren Staaten — in einer dem privatrechtlichen Miteigentume vergleichbaren Art, unten § 132 — über ein Gebiet eine gemeinsame gewissermaßen dingliche Herrschaft ausüben (communio pro indiviso).

Derartige der Beherrschung seitens mehrerer Staaten unterworfene Gebiete heißen Kondominate, zB. Schleswig-Holstein und Lauenburg vom Wiener Frieden 1864 bis 1866 (Lauenburg aber nur bis zum Gasteiner Vertrage, 1865), der Minendistrikt von Moresnet (unter Belgien und Preußen); nach manchen auch der Bodensee, während andere eine communio pro diviso der Uferstaaten, d. h. Beherrschung durch diese zu räumlich bestimmten Anteilen, annehmen.

Anders als bei dem auf eine Mitberechtigung zu ideellen Teilen gehenden Kondominat ist das Verhältnis mehrerer Staaten, deren einer dem andern gegenüber eine Staatsservitut besitzt. Unter Staatsservituten versteht man das Recht eines Staats, von einem anderen ein Dulden (positive oder affirmative St., zB. Gewährung eines Hafens, Gestattung der Anlegung einer Eisenbahn, einer Kohlenstation, des Truppendurchmarsches) oder ein Nichttun zu verlangen (negative St.), zB. Neutralisierung gewisser Gebietsteile, insbesondere der internationalen Ströme (Donau bis hinauf zum eisernen Tor) und Kanäle

rechts steht (zB. Allianzen), oder staatsrechtlicher Natur, wenn die Vereinigung auf Normen beruht, welche dem Verfassungsrechte der beteiligten Staaten angehören.

Wie unten § 39 dargelegt, ist es schon für das Privatrecht vielfach schwierig, die einzelnen zwischen der einfachen Gelegenheitsgesellschaft und der juristischen Person sich findenden Gesellschaftsbildungen (zB. die Genossenschaft, die Gesamthand) unter feststehende Begriffe einzuordnen. In noch höherem Maß ist dies hinsichtlich der Staatenverbindungen der Fall, welche sich stets dem Bedürfnisse des einzelnen Falls anpassen und deshalb der „juristischen Konstruktion", d. h. der Unterbringung unter die Schulbegriffe, die größten Schwierigkeiten entgegensetzen. Immerhin lassen sich gewisse Staatenverbindungen von einem gemeinsamen Grundgedanken aus unter einheitliche Begriffe bringen.

Die hauptsächlichsten Vereinigungsformen sind:

1. Unionen. Ihr Merkmal ist, daß die Verbindung zwischen den beteiligten Staaten in der Gemeinsamkeit des Trägers der Staatsgewalt besteht. Möglich, aber für den Begriff unerheblich, ist, daß die unter dem gleichen Herrscher vereinten Staaten auch sonstige gemeinsame Einrichtungen haben (zB. ein gemeinschaftliches Ministerium oder Heer).

Die Union heißt:

a. Personalunion, wenn die verbundenen Staaten nur zufällig und vorübergehend eine gemeinschaftliche Regierung besitzen, sei es auf Grund einer Wahl (Sachsen-

---

(Suezkanal), Nichtanlegung von Festungen (so im Londoner Vertrage vom 11. Mai 1867: Verbot der Erneuerung des geschleiften Festungswalles von Luxemburg), Nichthalten von Kriegsschiffen (so Montenegro nach dem Berliner Vertrage vom 13. Juli 1878), Beschränkung des stehenden Heers auf eine bestimmte Mannschaft (Preußen 1807). Man unterscheidet von diesen auf Staatsvertrag beruhenden konventionellen die sog. natürlichen Staatsservituten, die in Wirklichkeit gar keine Servituten sind, sondern aus den sog. allgemeinen Staatenrechten, besonders aus der Gebietsnachbarschaft folgen (zB. die Pflicht zur Aufnahme der Ströme).

Polen unter August dem Starken, 1697—1706) oder wegen Gleichheit der Thronfolgeordnung (Hannover-England, 1714 bis 1837, Preußen-Neuenburg, 1707—1857), oder aus sonstigen Gründen (z.B. weil der Herrscher eines Staats einen neuen gründet, dessen Herrscher er wird, Belgien und der Kongostaat, 1885);

β. Realunion, wenn die Vereinigung mehrerer Staaten unter demselben Herrscher durch eine gemeinsame Verfassung angeordnet ist, also notwendig und für die Dauer eintritt (Schweden-Norwegen seit 1815, Koburg-Gotha seit 1852, Kaiserreich Österreich und Königreich Ungarn seit dem Ausgleich 1867).

2. Konföderationen (Verbände). Bei ihnen geschieht durch gemeinsame Staatseinrichtungen die Zusammenfassung der mehreren Staaten zu einem politischen Gemeinwesen. Unter derartigen Verbänden unterscheidet man:

α. den Staatenbund. Hierbei vereinigen sich mehrere Staaten (nach Art der privatrechtlichen societas, unten § 104) unter völliger Wahrung ihrer Souveränität zur gemeinsamen Ausübung gewisser Herrschaftsrechte (so der Deutsche Bund, 1815—1866; vgl. D. § 21c);

β. den Bundesstaat. Hierbei vereinigen sich mehrere Staaten (nach Art der privatrechtlichen universitas, unten § 39) dergestalt, daß sie ein neues Staatswesen über sich schaffen, auf das sie einen Teil ihrer Hoheitsrechte übertragen und als dessen Glieder sie nunmehr erscheinen (so der Norddeutsche Bund und das heutige Deutsche Reich, dessen Verfassung freilich die Bundesglieder „Bundesstaaten" nennt, RV. Art. 3).[17])

---

[17]) Als völkerrechtliches Rechtssubjekt kommen in Betracht:
a. bei der Personalunion nur die einzelnen Staaten;
b. beim Staatenbunde ebenfalls nur die Einzelstaaten, daneben aber auch der Staatenbund selbst bei diesbezüglicher Vereinbarung (so hatte z.B. der Deutsche Bund als solcher das ius foederum et legationum);
c. beim Bundesstaat nur dieser, daneben die Einzelstaaten nach Maßgabe der Verfassung (z.B. haben im heutigen Deutschen Reiche

d. Einteilung der Rechtsnormen.

Die Rechtsnormen (das objektive Recht) eines Staats werden von verschiedenen Gesichtspunkten aus eingeteilt.

1. Nach den Rechtsquellen (d. h. den Begründungsformen des Rechts)[18]) unterscheidet man, abgesehen von dem als besondere Rechtsquelle bestrittenen Gerichtsgebrauch (vgl. S. 17): Gesetz und Gewohnheitsrecht.

a. Gesetz im weiteren Sinn ist die von den verfassungsmäßig berufenen Organen des Staats aufgestellte und kundgemachte Satzung.

Im Gesetze sind zwei Bestandteile enthalten:

der Gesetzesinhalt (praeceptum legis, d. h. die im Gesetz ausgesprochene Rechtsregel) und

der Gesetzesbefehl (sanctio legis, d. h. die Ausstattung des Gesetzesinhalts mit rechtsverbindlicher Kraft).

Unterarten der staatlichen Rechtssatzung — d. h. des Gesetzes i. w. S. — sind: Gesetz im engeren Sinn und Verordnung.

Gesetz und Verordnung unterscheiden sich zunächst materiell dadurch, daß man als „Gesetz" eine staatliche Satzung bezeichnet, welche neue Rechtsgrundsätze aufstellt, dagegen „Verordnung" eine solche Satzung nennt, welche ohne Änderung der bisherigen Rechtsgrundlagen nur zwecks Ausführung (Ausführungsverordnung) oder Anwendung (Verwaltungsverordnung) des bereits vorhandenen Rechts erlassen wird.

---

die Einzelstaaten das ius legationum und auch das ius foederum, soweit nicht das Reich zuständig ist);

d. bei der Realunion nur diese, nicht die Einzelstaaten.

Über die Entwickelung des Bundesstaatsbegriffs und die praktische Bedeutung der Unterscheidung zwischen Bundesstaat und Staatenbund vgl. D. § 23 a.

[18]) In anderem Sinne versteht man unter Rechtsquellen die Erscheinungsformen, die Aufzeichnungen des Rechts (vgl. unten §§ 15 ff.).

Neben diesem materiellen Unterschiede zwischen Gesetz und Verordnung ist im konstitutionellen Staate noch ein formeller Unterschied vorhanden.

Während nämlich der Gesetzesbefehl sowohl im absoluten als im konstitutionellen Staate vom Staatsoberhaupt allein erlassen wird (vgl. RV. Art. 17, PrVU. Art. 45), ist die Feststellung des Inhalts des Gesetzes (im e. S.) im konstitutionellen Staate dem Träger der Souveränität gemeinsam mit der Volksvertretung übertragen (vgl. RV. Art. 5, PrVU. Art. 62). Gesetze im formellen Sinne sind nun solche Anordnungen, welche verfassungsmäßig unter Mitwirkung der Volksvertretung erlassen sind. Verordnungen im formellen Sinn dagegen sind solche Festsetzungen, welche durch das Staatsoberhaupt allein getroffen worden sind.

Nach den Verfassungen der modernen konstitutionellen Staaten werden zwar regelmäßig Vorschriften, welche materiell den Charakter von Gesetzen haben (d. h. neues Recht schaffen), auch durch formelle Gesetze erledigt, während umgekehrt Bestimmungen, welche sich materiell als Verordnungen darstellen, regelmäßig im Verordnungswege getroffen werden können. Es gibt aber einesteils in allen Verfassungen Vorschriften, welche für gewisse Festsetzungen, die materiell nur Verordnungen sind, ein formelles Gesetz (d. h. Mitwirkung der Volksvertretung) verlangen, zB. in der PrVU. für die Feststellung des Staatshaushalts, VU. Art. 62 (ebenso RV. Art. 69) und für die Verleihung der Korporationsrechte an Religionsgesellschaften, VU. Art. 13. Andererseits wird unter gewissen Voraussetzungen der Erlaß materieller Gesetze im Wege einer formellen Verordnung zugelassen, zB. PrVU. Art. 63, sog. Notstandsverordnungen. Auch organisatorische Verordnungen zur Regelung der Organisation der Behörden und ihrer Befugnisse und Ergänzungsverordnungen, die das Gesetz (sog. Blankettgesetz) zu seiner Ergänzung ausdrücklich vorbehält (vgl. StGB. § 145, BGB. § 482 Abs. 2), sind materielle Gesetze.

Ob eine staatliche Anordnung ein (formelles) Gesetz oder eine (formelle) Verordnung ist, ergibt die Verkündungs-

formel; denn bei formellen Gesetzen wird die Mitwirkung der Volksvertretung im Eingang erwähnt (vgl. D. § 23[7]). In welchen Fällen aber eine Satzung durch (formelles) Gesetz getroffen werden *muß*, und wann eine (formelle) Verordnung genügt, richtet sich nach der Verfassung der einzelnen Staaten. Hat also ein deutscher Richter eine (formelle) Verordnung anzuwenden, so muß er prüfen, ob das in der Verordnung geregelte Rechtsgebiet verfassungsmäßig nicht etwa nur durch ein formelles Gesetz geordnet werden durfte. Dieses aus der durch § 1 GVG. gewährleisteten Unabhängigkeit der Gerichte hergeleitete Prüfungsrecht ist allerdings in Preußen (jedoch nur preußischen *Königlichen* Verordnungen gegenüber) beschränkt. Denn Art. 106 der PrVU. bestimmt in Anwendung des Grundsatzes der Trennung der Gewalten (S. 10[15]): „Die Prüfung der Rechtsgültigkeit gehörig verkündeter Königlicher Verordnungen steht nicht den Behörden, sondern nur den Kammern zu." Hiernach darf also der preußische Richter eine vom König erlassene Verordnung nicht deshalb unangewendet lassen, weil die betr. Bestimmung eines formellen Gesetzes, der Mitwirkung der beiden Häuser des Landtags bedurft hätte. Den Polizeiverordnungen sowie den Reichsverordnungen des Bundesrats oder des Kaisers gegenüber besteht diese Prüfungsbeschränkung nicht.

Die Gesetzgebung wird regelmäßig vom Staat ausgeübt. Sie kann von dem Staat aber auch kleineren in ihm bestehenden Gemeinwesen (Kommunen, Familien, vgl. D. §§ 17[2], 36 b 4, 48) für deren Kreise überlassen sein. Die diesen engeren Kreisen zustehende Befugnis, objektives Recht zu schaffen, heißt *Autonomie*.

β. Das *Gewohnheitsrecht* umfaßt solche Rechtssätze, welche nicht vom Gesetzgeber festgestellt sind, sondern deswegen als Recht angewandt werden, weil sie durch dauernde und gleichförmige Übung als solches anerkannt sind, entweder durch die Volksübung (*Volksrecht*) oder durch die Übung der zur Rechtsanwendung berufenen Personen (*Juristenrecht*, *Gerichtsgebrauch*). Das Gewohnheitsrecht beruht also auf der dauernden Anwendung eines Grundsatzes als eines *Rechtssatzes*. Erfolgt eine gleichförmige

Anwendung eines Grundsatzes ohne die Anschauung, damit einen Rechtsgrundsatz anzuwenden („ohne die opinio iuris sive necessitatis"), so kann sich kein Gewohnheitsrecht, sondern nur ein Geschäftsgebrauch, eine Usance feststellen. Während das Gewohnheitsrecht objektives Recht ist, kann die Usance nur als Auslegungsmittel zur Feststellung der Bedeutung einer Willenserklärung in Betracht kommen[19]).

Die Frage nach dem Verhältnisse des Gewohnheitsrechts zum Gesetzesrecht, insbesondere danach, ob das erste nur ergänzend eintrete, oder sogar imstande sei, ein Gesetz zu verdrängen, ob es nur „praeter legem" oder auch „contra legem" gelte, ist zu den verschiedenen Zeiten verschieden beantwortet worden. Während die historische Schule (Puchta) dem Gewohnheitsrechte die überwiegende Bedeutung zuwies, verhalten sich die neueren Gesetzgebungen ihm abgeneigt[20]).

Observanz nennt man dasjenige Gewohnheitsrecht, welches sich in einem der Autonomie teilhaftigen Kreise bildet (so besonders im hohen Adel).

---

[19]) Das Rechtsmittel der Revision kann zB. nur auf Verletzung eines Gewohnheitsrechts, nicht einer Usance gestützt werden, denn nur erstere ist eine Rechtsnorm im Sinne des § 549 CPO.

[20]) In den römischen Quellen finden sich bezüglich der Frage der „derogatorischen Kraft des Gewohnheitsrechts" zwei sich anscheinend widersprechende Entscheidungen. Salvius Julianus bejaht diese Frage in D. 1, 3, 32, 1: Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur. Dagegen verordnet Konstantin in C. 8, 53, 2: Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est; verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem. Diese Antinomie pflegt man dahin zu erklären, daß Konstantin partikulären Gewohnheiten derogatorische Kraft gegenüber allgemeinen Gesetzen absprechen wollte (Savigny).

Das BGB. und das neue HGB. enthalten keine Bestimmung über das Verhältnis von Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht. Die Bildung von landesrechtlichem Gewohnheitsrecht ist bezüglich der reichsrechtlich geordneten Rechtsgebiete durch RV. Art. 2 ausgeschlossen. Gemeindeutsches Gewohnheitsrecht könnte sich dagegen bilden. Das Nähere siehe L. I § 4 c.

Das Gesetz ist meist geschrieben (ius scriptum), das Gewohnheitsrecht meist ungeschrieben (ius non scriptum). Es gibt jedoch auch ungeschriebene Gesetze, zB. die Komitialbeschlüsse (unten § 16), und andererseits geschriebenes Gewohnheitsrecht, zB. das Corpus iuris civilis in seiner Geltung in Deutschland (D. § 51 b).

2. Nach ihrem Ursprunge teilen die Römer die in einem Staate geltenden Rechtssätze in ius civile und ius gentium [21]):

α. Ius civile umfaßt diejenigen Sätze, welche dem Recht eines bestimmten Volks eigentümlich sind;

β. ius gentium umfaßt die Rechtsnormen, welche als vernunftgemäß überall zur Geltung gelangt sind.

In einem anderen Sinne faßt man in der Römischen Rechtsgeschichte (vgl. unten § 31) das ius civile i. e. S. (d. h. das auf römischem Volksgesetze beruhende, eigentümlich römische Recht) und das gewohnheitsrechtlich vom Volke (nicht durch Vermittelung des Prätors) aufgenommene Fremdenrecht, ius gentium, als ius civile i. w. S. zusammen und stellt dieses dem ius honorarium, dem vom Prätor geschaffenen Rechte, gegenüber. Ius honorarium ist also nicht mit ius gentium gleichbedeutend, wenn es auch überwiegend auf letzterem beruht; doch ist zB. der Formularprozeß (unten § 32 b) eine originale Schöpfung des römischen praetor peregrinus.

Endlich bedeutet ius civile auch soviel wie ius privatum (Gegensatz: ius publicum, S. 23) oder — im Gegensatze zum ius canonicum (D. § 59 a) — das vom Staat erzeugte Recht („doctor iuris utriusque tam civilis quam canonici", D. § 51 b).

[21]) I. 1, 2, 1 (= D. 1, 1, 9, Anfangsstelle von Gaius, Institutionen, unten § 20 II e): Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur: nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis: quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur.

γ. Die römischen Juristen sprechen zuweilen auch noch von ius naturale. Mit diesem Begriffe wird jedoch verschiedenes bezeichnet:

a. Der Vernunft entsprechendes Recht. So aufgefaßt würde das ius naturale sich mit dem ius gentium decken.

b. Das Recht, das im Wesen und in der Natur der Menschen begründet ist. In dieser Auffassung stimmt das ius naturale mit dem ius gentium nicht unbedingt überein; zB. wurde in Rom die Sklaverei als Rechtseinrichtung des ius gentium anerkannt (unten § 37 b), während nach ius naturale alle Menschen frei sind.

c. Die Naturtriebe, welche allen Lebewesen gemeinsam sind, quod natura omnia animalia docuit, zB. der Geschlechtstrieb (D. 1, 1, 1, 3).

Gegenwärtig versteht man unter Naturrecht (Vernunftrecht, D. § 53 b 4), den Inbegriff von Rechtsgrundsätzen, welche durch eine genaue und in die Tiefe eindringende Erkenntnis als die der „Natur der Sache" (d. h. dem Wesen und der Bedeutung der zu beurteilenden Lebensverhältnisse) entsprechenden festgestellt werden. Die Wissenschaft von den vernünftigen Grundlagen des Rechts ist Gegenstand der Rechtsphilosophie. Im 17. und 18. Jahrhundert versuchte eine besondere wissenschaftliche Richtung, die sog. naturrechtliche Schule, ein lediglich auf der Vernunft und der Natur der Sache beruhendes und daher von Ort und Zeit unabhängiges Recht zu schaffen. Dieser Versuch mußte scheitern, da die Lebensverhältnisse in fortwährendem Wechsel begriffen und nur im Zusammenhange mit den örtlichen Verhältnissen und ihrem Entwickelungsgange ganz verständlich und richtig zu beurteilen sind. In neuerer Zeit und insbesondere unter dem Einflusse der historischen Schule (besonders Savigny, 1779—1861) ist der Grundgedanke der naturrechtlichen Schule daher verworfen worden. Dagegen hat das Naturrecht in dem eingangs erwähnten Sinn eines das Wesen und die wahre Natur der Lebensverhältnisse zur Geltung bringenden Rechts auch heute noch seine Bedeutung. Dem Naturrecht in diesem Sinn als dem Recht, „wie es sein sollte", gegenüber heißt das in

einem bestimmten Staate zur Zeit wirklich geltende Recht „positives Recht". Die aus dem positiven Rechte sich ergebenden Sätze sind für den Richter bindend, selbst wenn ihre Anwendung, weil sie infolge einer seit ihrer Schaffung eingetretenen Änderung der Lebensverhältnisse der Natur der Sache nicht mehr entsprechen, zu einer Härte führen sollte („Fiat iustitia, pereat mundus", angeblich Wahlspruch Kaiser Ferdinands I.; „Summum ius, summa iniuria", Cicero, De officiis). Bei einem derartigen Widerspruche zwischen der Rechtsüberzeugung und dem positiven Recht ist es dann Sache der zur Rechtserzeugung berufenen Faktoren (Regierung, Parlament), die Änderung des positiven Rechts herbeizuführen. Die zur Rechtsanwendung berufenen Organe (die Gerichte) haben das bestehende Recht (die „lex lata") anzuwenden und sind nur befugt und verpflichtet, „de lege ferenda" darauf hinzuweisen, daß es den Lebensverhältnissen nicht mehr gerecht wird.

Einen anderen Gegensatz zum positiven Recht als das Naturrecht in dem eben dargelegten Sinne bildet das Billigkeitsrecht (ius aequum). Der Gesetzgeber kann selbst bei größter Ausführlichkeit nur allgemeine und die Normalfälle regelnde Grundsätze aufstellen. Dabei kann es vorkommen, daß die Anwendung dieser Rechtsgrundsätze in einem einzelnen Fall eine unbillige Härte darstellt. Wenn zB. StGB. § 242 bestimmt, daß der Diebstahl mit Gefängnis bestraft wird, so widerstrebt es dem Rechtsgefühle, diese Strafe auf eine Mutter anzuwenden, die einige Kohlen stiehlt, um ihr Kind vor dem Erfrieren zu schützen. Der Richter ist nun aber ebensowenig berechtigt, das positive Recht (im Gegensatze zu dem ius aequum: ius strictum oder asperum genannt) aus anscheinenden Billigkeitsgründen außer Anwendung zu lassen, als er befugt ist, dies wegen angeblichen Widerspruchs gegen die Natur der Sache zu tun. Denn „Recht muß Recht bleiben"; der Richter ist zur Anwendung des geltenden Rechts berufen und er darf sich zu allerletzt über das bestehende Recht, das die Grundlage seiner Autorität bildet, hinwegsetzen. In zahlreichen Fällen gibt ihm jedoch das Recht selbst die Mittel in die Hand, um

der aequitas dem ius strictum gegenüber zum Siege zu verhelfen. Zunächst wird es sich in Fällen, in denen eine starre Anwendung des Rechts eine dem Rechtsgefühle widersprechende Unbilligkeit sein würde, fragen, ob man im Wege der Auslegung des anzuwendenden Rechtssatzes (S. 29) nicht zu dem Ergebnisse kommt, daß diese Anwendung der Absicht des Gesetzes nicht entspricht. Je gebildeter, unabhängiger und weitsichtiger der Richterstand ist, desto mehr wird ferner der Gesetzgeber geneigt sein, dem Richter die billige Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falls dadurch zu ermöglichen, daß er nur die leitenden Grundsätze aufstellt und so nur einen Rahmen schafft, innerhalb dessen der Richter freie Hand hat[22]). Auf dem Gebiete des Strafrechts endlich werden Rechtsunbilligkeiten vielfach dadurch ausgeglichen, daß dem Staatsoberhaupt oder anderen

---

[22]) Wie später darzulegen ist, ist sowohl das römische (ius civile, unten § 31), als das deutsche Recht von der alleinigen Herrschaft des ius strictum ausgegangen. Erst eine vorgeschrittene Rechtsentwickelung hat die „freie Beurteilung der Umstände des einzelnen Falls", also das ius aequum zugelassen. In Rom geschah dies durch die Aufnahme des ius gentium (unten § 31) und durch die Jurisdiktion der Prätoren (unten § 19). Ein vortreffliches Beispiel dafür, wie die Prätoren innerhalb der ihnen durch das Gesetz angewiesenen Zuständigkeit das ius strictum, soweit es unbillig erschien, beseitigten, gibt die Geschichte der exceptio doli generalis (unten § 62 b 1) und ihrer Anwendungsfälle, so zB. der exceptio rei venditae et traditae (unten § 120 b), der Kompensation (unten § 81 a) und der Retention (unten § 72 b 1).

Das moderne Recht hat bei der Vielgestaltigkeit des heutigen Verkehrslebens den Richter noch freier stellen müssen. Das zeigt sich zB. auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts in der hervorragenden Berücksichtigung von Treue und Glauben im Geschäftsverkehre (vgl. §§ 157, 242, unten § 68[1]), vgl. auch § 829 (Haftung eines an sich nicht verantwortlichen Schädigers nach Billigkeit), im Prozeß in der Beseitigung fast aller den Richter bindenden Beweisregeln (Prinzip der freien Beweiswürdigung, CPO. §§ 286, 287, EGCPO. § 14, StPO. § 260), im Strafrecht in der Beseitigung fast aller absoluten Strafen (vgl. jedoch zB. StGB. §§ 80, 211) unter Bestimmung eines Höchst- und Mindestmaßes, wodurch ein Rahmen geschaffen wird, innerhalb dessen das urteilende Gericht die den Umständen des einzelnen Falls angemessene Strafe festzusetzen hat; hierauf beruht auch das Institut der mildernden Umstände.

Organen[23]) die Befugnis zum Erlasse von Strafen im Gnadenwege gewährt wird.

3. Nach dem Gegenstand, auf welchen die Rechtsnormen sich beziehen, unterscheidet man öffentliches und privates (bürgerliches) Recht[24]).

α. Das öffentliche Recht umfaßt hiernach diejenigen Normen, welche den Staat als solchen sowie seine Beziehungen zu den Staatsangehörigen und zu anderen Staaten betreffen. Nach moderner Auffassung gehören zum öffentlichen Recht oder Staatsrecht i. w. S. die folgenden Rechtsgebiete (Materien).

a. Das Staatsrecht (i. e. S.) ist der Inbegriff der Rechtsnormen, welche bestimmen: einmal den Träger, den Umfang und die Organe der Staatsgewalt (Verfassungsrecht), andererseits die Art und Weise der Ausübung der Staatsgewalt (Verwaltungs- oder Regierungsrecht). Man unterscheidet allgemeines und besonderes Staatsrecht, je nachdem man Wesen und Zweck des Staats über-

---

[23]) In Frankreich hat auf Grund einer loi Bérenger (1891) der das Urteil fällende Richter die Befugnis, einem erstmalig Verurteilten die Strafe unter der Bedingung zu erlassen, daß er sich bis zu einer bestimmten Zeit gut führen sollte. In Deutschland ist dies Institut der dem Richter überlassenen sog. „bedingten Verurteilung" nicht eingeführt, vielmehr steht hier nur dem Staatsoberhaupte die Begnadigung zu (vgl. zB. PrVU. Art. 49); wohl aber hat in Preußen (und anderen Bundesstaaten) die Strafvollstreckungsbehörde (der Staatsanwalt, in Amtsgerichtssachen der Amtsrichter) die Pflicht und das Recht, jede Verurteilung, insbesondere eines noch nicht 18 Jahr alten Verbrechers (StGB. § 57) darauf hin zu prüfen, ob eine Begnadigung angebracht sei, und gegebenen Falls die vorläufige Strafaussetzung mit der Aussicht auf spätere Begnadigung bei guter Führung bei dem Justizminister zu beantragen. Die Begnadigung selbst erfolgt auch in solchen Fällen stets durch den König.

Von der eben erwähnten „bedingten Strafaussetzung" zwecks späterer Begnadigung zu unterscheiden ist die im § 488 StPO. der Strafvollstreckungsbehörde gewährte Befugnis, aus Billigkeitsgründen dem Verurteilten Strafaufschub zu gewähren.

[24]) D. 1, 1, 1, 2: Huius studii duae sunt positiones: publicum et privatum. Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem.

haupt entwickelt oder die Verhältnisse eines bestimmten Staats berücksichtigt.

b. Das Strafrecht umfaßt die Grundsätze darüber, welche Handlungen als strafbare Verletzungen der Rechtsordnung anzusehen und wie diese Verletzungen zu sühnen sind.

c. Das Prozeßrecht gibt zunächst an, welche staatlichen Organe bei der Aufrechterhaltung der Rechtsordnung mitzuwirken haben (Gerichtsverfassungsrecht).

Die staatlichen Gerichte sind einerseits dazu berufen, eingetretene Störungen der Rechtsordnung auszugleichen (sog. iurisdictio contentiosa, streitige Gerichtsbarkeit), andererseits aber auch dazu eingesetzt, zwecks Vermeidung künftiger Rechtsverletzungen bei Begründung, Veränderung und Aufhebung von Rechtsverhältnissen und bei Erfüllung einzelner staatlicher Aufgaben (Beurkundung und Beglaubigung, Vormundschaftswesen, Grundbuch- und Registerwesen usw.) mitzuwirken (sog. iurisdictio voluntaria, freiwillige Gerichtsbarkeit).

Das Strafprozeßrecht umfaßt die Grundsätze über das Verfahren zur Ahndung von Rechtsverletzungen strafrechtlicher Natur; das Civilprozeßrecht enthält die Normen über das Verfahren zur Beseitigung von Rechtsverletzungen civilrechtlicher Natur.

d. Das Kirchenrecht regelt die Verhältnisse der im Staate bestehenden religiösen Gemeinschaften und die Beziehungen der letzteren zum Staate (vgl. D. § 27).

e. Das Völkerrecht (ius inter gentes, nicht ius gentium, vgl. S. 19, Staatenrecht, droit international public) umfaßt die Grundsätze, welche die Beziehungen mehrerer selbständiger Staaten zu einander regeln.

β. Das Privatrecht („bürgerliche Recht") bestimmt die Rechtsverhältnisse der Menschen als einzelner[25]).

---

[25]) Die Grenze zwischen öffentlichem und Privatrecht ist keine feste, ein für alle mal bestimmte; häufig ist es lediglich eine Frage der Rechtspolitik (S. 26), ob gewisse Verhältnisse auf der Grundlage des öffentlichen oder des bürgerlichen Rechts zu regeln sind; man denke zB. an die Arbeiterversicherung im Deutschen Reiche (L. I § 17 a). Viele Spezialrechtsgebiete, so das Handels-, See-, Gewerbe-, Ver-

4. Nach ihrer **Wirkung** zerfallen die Rechtsnormen in zwingende und nichtzwingende.

α. **Zwingendes Recht** (ius cogens) bezeichnet diejenigen Rechtssätze, welche der Abänderung durch die Privatwillkür der Beteiligten entzogen sind. Dieselben können ein Gebot oder Verbot aussprechen. Nach den Folgen der Übertretung eines zwingenden Verbotsgesetzes unterscheidet man: leges perfectae (Nichtigkeit der Handlung, zB. BGB. § 125: Nichtigkeit formwidriger Rechtsgeschäfte), plus quam perfectae (Nichtigkeit und Strafe, zB. BGB. § 138 Abs. 2 und StGB. §§ 301 ff: Wuchergeschäfte), minus quam perfectae (Strafe, aber keine Nichtigkeit, zB. verbotenes Lotteriespiel), imperfectae (weder Nichtigkeit noch Strafe, sondern unter Umständen anderweitige Folgen, zB. BGB. § 566: formlose Grundstücksmiete für länger als 1 Jahr). Vgl. unten § 16 b 3.

β. **Nichtzwingendes Recht** (ius dispositivum) kommt nur mangels einer anderweitigen Festsetzung seitens der Beteiligten zur Anwendung, ist also einer Abänderung durch die Privatwillkür unterworfen[26]).

In der Regel ist das öffentliche Recht ius cogens, das private ius dispositivum (D. 2, 14, 38: ius publicum privatorum pactis mutari non potest). Vielfach sind jedoch Sätze des ius publicum der Abänderung durch den Parteiwillen unterworfen (zB. im Civilprozesse bei der zu-

---

sicherungsrecht (vgl. L. II § 83 b), enthalten teils öffentlich-rechtliche, teils privatrechtliche Vorschriften.

Die hier berührte Frage ist oft von praktischer Bedeutung; vgl. EGBGB. Art. 55: „Die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze treten außer Kraft, soweit nicht in dem BGB. oder in diesem Gesetz ein anderes bestimmt ist", ferner AGBGB. Art. 89 Nr. 1 (unten § 16[3]).

[26]) In den neueren Reichsgesetzen sind die zwingenden Vorschriften, deren Nichtbeachtung Nichtigkeit zur Folge hat, grundsätzlich mit „muß", die dispositiven „instruktionellen Ordnungsvorschriften", deren Verletzung nicht Unwirksamkeit nach sich zieht, sondern für den Urheber andere Nachteile im Gefolge hat oder den Richter verantwortlich macht, mit „kann", „soll" eingeleitet; vgl. L. I § 5[10] und zB. CPO. §§ 253, 130, BGB. §§ 1317, 1318.

lässigen Vereinbarung über den Gerichtsstand, prorogatio fori, §§ 38 ff. CPO.). Andererseits sind viele Normen des Privatrechts (zB. die Formvorschriften) ius cogens. Da das ius cogens unbedingt zur Anwendung kommt, so nennt man es auch absolutes Recht, das ius dispositivum dagegen, da es nur ergänzend eintritt, suppletorisches Recht.

5. Nach ihrer sachlichen Geltung teilt man die Rechtsnormen in ius generale und ius speciale.

α. Ius generale (gemeingültiges Recht) ist das den allgemeinen Rechtsgrundsätzen entsprechende Recht. Die Rechtspolitik (d. h. die Lehre von der zweckmäßigsten Gestaltung des Rechts) führt mitunter dahin, für gewisse Gattungen von Personen, Sachen oder Verhältnissen besondere Grundsätze anzuerkennen. Das ius generale scheidet sich sonach in ius commune (regelmäßiges Recht) und ius singulare oder privilegium (im objektiven Sinne — von privus, einzeln und lex — regelwidriges Recht).[27])

Das privilegium kann die betroffene Gattung günstiger (privilegium favorabile, beneficium iuris) oder ungünstiger (privilegium odiosum) stellen als die übrigen Gattungen. Ein privilegium personae ist zB. die Erleichterung der Errichtung von Testamenten seitens der Soldaten (Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 44), ein privilegium rei die Steuerfreiheit gewisser Arten von Grundstücken, ein privilegium causae die bevorzugte Befriedigung gewisser Forderungen im Konkurse (KO. § 61).

β. Ius speciale (lex specialis) ist eine Rechtsnorm, welche für eine einzelne Person oder Sache oder für ein einzelnes Verhältnis ein Ausnahmerecht festsetzt, während das ius singulare zwar regelwidriges, aber für ganze Klassen geltendes, also insoweit gemeingültiges Recht ist. Das auf ein ius speciale sich stützende subjektive Recht, zB. das einem

---

[27]) D. 1, 3, 16: Ius singulare est quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.

Unternehmer gewährte Enteignungsrecht, heißt privilegium im subjektiven Sinne.

6. Nach der örtlichen Geltung der Rechtsnormen (dem Geltungsgebiet) unterscheidet man gemeines, allgemeines und partikuläres Recht.

α. Gemeines und partikuläres Recht. In einem Staate können Rechtsnormen bestehen, deren Geltungsgebiet sich mit dem Staatsgebiete deckt. Die Geltung gewisser Rechtsnormen kann andererseits auf einen Teil des Gebiets beschränkt sein. Hiernach kann man die Rechtsnormen einteilen in solche, welche dem ganzen Staate gemein sind (gemeines Recht, ius commune in diesem Sinne), und in solche, welche nur in einem Staatsteile gelten (partikuläres Recht, ius particulare).

Tritt eine partikuläre Rechtsnorm in Gegensatz zu einem Satze des gemeinen Rechts, so hängt es von der Rechtsverfassung des Staats ab, ob das gemeine das partikuläre Recht beseitigt: dann spricht man von absolut-gemeinem Rechte, diese Wirkung haben zB. die Gesetze des heutigen Deutschen Reichs (D. § 23 d); oder ob die partikuläre die gemeine Rechtsnorm ausschließt (subsidiär-gemeines Recht): dies war bezüglich der Gesetze des ehemaligen Deutschen Reichs der Fall (D. § 52 c).

β. Gemeines und allgemeines Recht. Rechtsnormen können auch über das Gebiet eines Staats hinaus Geltung haben (wie zB. die Sätze des ius gentium). Dann sind die Rechtsnormen zwar auch den betreffenden Staaten „gemein", ihre gleichförmige Geltung beruht aber auf einer nur zufälligen Übereinstimmung der Rechtsentwickelung, während das in allen Teilen eines Staats gleichförmig geltende Recht derselben Rechtsquelle (Gesetz oder Gewohnheit) seine Geltung verdankt. Das mehreren Staaten gemeinsame Recht nennt man daher „allgemeines" oder (nur) „materiell-gemeines Recht"; das in allen Teilen eines Staats geltende, einer einheitlichen Rechtsquelle entsprungene Recht „gemeines" oder (materiell- und) „formell-gemeines Recht".

Die Gesetze des früheren und des heutigen Deutschen Reichs sind formell-gemeines Recht; denn sie leiten ihre Geltung aus einer für ganz Deutschland maßgebenden Rechtsquelle, der Reichsgesetzgebung (durch Kaiser und Reich im alten, durch Bundesrat und Reichstag im neuen Reich), ab. Die Beschlüsse des Deutschen Bundes (1815—1866) schafften dagegen kein (formell-) „gemeines Recht". Denn nicht die Beschlüsse des Bundestags waren die Quelle der in den einzelnen Bundesstaaten geltend gewordenen übereinstimmenden Rechtsnormen, sondern die letzteren galten — mit Rücksicht auf den Charakter des Deutschen Bundes als Staatenbunds, D. § 21c — nur auf Grund ihrer Einführung durch die einzelnen Landesregierungen, also nicht als gemeines, sondern nur als allgemeines Recht.

Das „gemeine Recht" wird dadurch seines Wesens nicht entkleidet, daß das Staatsgebiet, für welches es als (formell-) gemeines Recht geschaffen war, geteilt wird; daher blieb das gemeine Recht des ehemaligen Deutschen Reichs auch nach dessen Auflösung im Jahre 1806 gemeines Recht der Einzelstaaten (S. 39). Andererseits wird das ursprünglich für mehrere Staaten gemeinsame „allgemeine Recht" nicht dadurch zum (formell-) „gemeinen", daß die mehreren Staaten später zu einem Staate zusammengefügt sind[28]).

e. Anwendung der Rechtsnormen.

Der Richter, welcher eine Rechtsnorm anwenden, d. h. einen Rechtsfall (quaestio facti) einem Rechtssatz (quaestio iuris i. e. S.) unterstellen will, hat zunächst festzustellen, ob die Norm in einer der Rechtsverfassung des Staats entsprechenden Weise entstanden ist (S. 15); bei einem Gesetz

---

[28]) Die zB. des Deutschen Bundes entstandene „Allgemeine Deutsche Wechselordnung", die „Nürnberger Novellen", und das „Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch" sind daher nach Errichtung des Norddeutschen Bundes durch das Gesetz vom 5. Juni 1869 ausdrücklich zu Gesetzen desselben und später durch § 2 des Gesetzes vom 16. April 1871 „betreffend die Verfassung des Deutschen Reichs" zu Reichsgesetzen erklärt worden und erst damit zu formell-gemeinem Rechte des Deutschen Reichs geworden; vgl. D. § 57.

also, daß es von den gesetzgebenden Faktoren erlassen und gehörig verkündet ist, bei einem Satze des Gewohnheitsrechts, daß die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen ein Gewohnheitsrecht sich hat bilden müssen (vgl. S. 17).

Die Feststellung des Vorhandenseins einer Rechtsnorm heißt **Kritik**, und zwar nennt man die Bestimmung der Echtheit (Authentizität) einer Rechtsnorm überhaupt *höhere* oder *diplomatische* **Kritik**, die Feststellung der einzelnen Worte derselben *niedere* oder *Text*-**Kritik**. Sind mehrere Lesarten überliefert, deren eine als maßgebend anerkannt wird, so spricht man von *wählender* **Kritik** im Gegensatze zur **Konjektural-Kritik**, wenn man die überlieferte Lesart durch eine selbstgeschaffene, einen besseren Sinn gewährende, ersetzt. *Interpolation* nennt man die durch Einschiebung von Worten oder Sätzen bewirkte Textveränderung.

Stehen das *Vorhandensein* und der *Text* der Rechtsnorm fest, so hat der Richter ihren *Inhalt* und ihre *Tragweite* zu bestimmen. Diese Ermittelung der Bedeutung der Rechtsnorm heißt **Auslegung** (Interpretation). Die Wissenschaft der Auslegung nennt man *juristische* **Hermeneutik** (ἑρμηνεύειν = dolmetschen).

Die **Auslegung** einer Rechtsnorm kann erfolgen:

1. entweder durch eine spätere *Rechtsnorm*, *authentische* **Interpretation**, und zwar:

α. durch ein Gesetz, *Legalinterpretation*, oder

β. durch Gewohnheitsrecht, *Usualinterpretation*;

2. oder durch die *Wissenschaft*, *doktrinelle* **Interpretation**, welche wieder sein kann:

α. *grammatische*, wenn aus dem sprachlichen Gebrauche der Worte und dem Satzgefüge auf den Inhalt der Rechtsnorm geschlossen wird, oder

β. *logische*, wenn die Bedeutung der Rechtsnorm aus dem Zwecke derselben (ratio legis), ihrer unmittelbaren äußeren Veranlassung (occasio legis), dem Rechtszustande zur Zeit ihrer Feststellung und den Vorgängen bei

der letzteren (zB. Vorberatungen der gesetzgebenden Faktoren[29])) bestimmt wird.

Ist das Ergebnis der logischen Auslegung, daß die Rechtsnorm hat weiter greifen sollen, als ihre Worte besagen, so spricht man von extensiver Interpretation im Gegensatze zur restriktiven Interpretation, wenn das Anwendungsgebiet der Rechtsnorm enger ist, als man aus den Worten schließen würde[30]).

Einen anderen Gegensatz zur extensiven Interpretation bildet die Interpretation per argumentum a (od. e) contrario. Hiervon spricht man, wenn man aus der Tatsache, daß eine Rechtsnorm nur unter bestimmten Voraussetzungen für anwendbar erklärt ist, den Schluß zieht, daß für alle dieser Voraussetzung entbehrenden Verhältnisse das Gegenteil der Rechtsnorm gelten solle.

Nicht zu verwechseln mit der extensiven Interpretation ist die Analogie. Analogie (*ἀνὰ λόγον* = secundum rationem legis) ist die Anwendung einer Rechtsnorm auf einen durch sie nicht geregelten Fall wegen Gleichheit des

---

[29]) Jedoch ist dieses Auslegungsmittel mit Vorsicht zu benutzen, da es nicht auf das ankommt, was eine der bei der Entstehung des Gesetzes beteiligten Personen gewollt und geäußert hat, sondern auf das, was Gesetz geworden ist.

[30]) Das ältere römische und deutsche Recht hing an der Buchstabeninterpretation. Aber bereits Celsus (§ 20 II b 1) nahm einen freieren Standpunkt ein; D. 1, 3, 17: Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem. Heute erkennt man bezüglich der Interpretation sowohl der Rechtsnormen als der Privatwillenserklärungen den Grundsatz freier Erforschung des vom Gesetzgeber oder von dem Erklärenden Gewollten an; vgl. BGB. § 133: „Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdruckes zu haften".

Ein Beispiel authentischer Legalinterpretation ist das Reichsgesetz vom 31. Mai 1880, welches das Sozialistengesetz vom 21. Oktober 1878 dahin erläuterte, daß die darin vorgesehenen Ausweisungen auf Reichstagsabgeordnete für die Dauer der Session nicht anwendbar seien. Eine authentische Usualinterpretation ist zB. die durch die Gerichtspraxis herbeigeführte Abschwächung des kanonischen „duc et dota" in „duc aut dota" (D. § 69 e ζ), sowie der kanonischen Haftung der Erben für Delikte des Erblassers „iuxta facultates suas" in „iuxta facultates hereditatis" (unten im Erbrecht).

Grundes (ubi eädem legis ratio, ibi eädem legis dispositio). Während die extensive Interpretation die Rechtsnorm auf einen bestimmten Fall für anwendbar erklärt, weil sie zwar nicht den Worten, aber dem Sinn und der Absicht des Gesetzgebers nach sich auf diesen Fall mitbezieht, unterstellt die Analogie einer gewissen Rechtsnorm auch diejenigen Fälle, welche unzweifelhaft durch die Rechtsnorm nicht haben geregelt werden sollen.

Heute spricht man von *Gesetzesanalogie*, wenn ein *bestimmter* Rechtssatz auf einen ihm nicht unmittelbar unterworfenen Fall angewendet wird, von *Rechtsanalogie*, wenn wegen Gleichheit des Grundes ein Fall aus den Rechtsgedanken heraus entschieden wird, die ein anderes Rechtsgebiet oder das ganze Rechtssystem beherrschen[31]). Da keine Gesetzgebung für alle möglichen Fälle klare Normen aufstellen kann, so dient die Analogie zur Ausfüllung von Lücken[32]). Die Analogie ist das Gegenteil der argumentatio a contrario: erstere leitet aus einer für einen bestimmten Fall gegebenen Rechtsregel die Anwendung, letztere die Nichtanwendung auf andere Fälle ab.

---

[31]) Gesetzesanalogie war zB. die Ausdehnung der actio Serviana (unten § 140 b); Rechtsanalogie liegt zB. vor, wenn man — was heute sehr üblich ist — eine Rechtsfrage mangels einer gesetzlichen Bestimmung nach der das heutige Geschäftsleben beherrschenden bona fides, dem „Grundsatze von Treu und Glauben" entscheidet (BGB. §§ 157, 242).

[32]) In früherer Zeit ist bei Kodifikation des Rechts die Auslegung durch den Richter allerdings zuweilen beschränkt worden. Bei Veröffentlichung sowohl der Digesten (unten § 24 b) als des ganz kasuistisch angelegten ALR. (Einleitung § 47, D. § 56 b a. E.) wurde der Richter mit allen Zweifelfragen an den Kaiser, vom ALR. an die Gesetzeskommission verwiesen. Heute ist die auslegende Tätigkeit des Richters völlig frei, wenn bei uns auch eine Strafbestimmung fehlt, wie diejenige des Code civil art. 4: Le juge, qui refusera de juger sous prétexte de silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice (Rechtsverweigerung). — Doch gibt es Fälle, in denen die Analogie ausdrücklich ausgeschlossen ist. So ist zB. durch § 2 StGB., der das Erfordernis einer gesetzlichen Bestimmung der Strafe für die Strafbarkeit einer Handlung aufstellt, der *Rechtsanalogie* im Strafrechte kein Platz gewährt, während *Gesetzeslücken* freilich auch hier durch analoge Anwendung ausgefüllt werden dürfen.

f. Örtliche Wirkung der Rechtsnormen.

Die rechtliche Zugehörigkeit zu einem Staate heißt Staatsangehörigkeit, Indigenat (vgl. RV. Art. 3, D. § 23 h 1). Den Staatsangehörigen (Inländern) stehen die Ausländer gegenüber.

Bezüglich der Ausländer kann in einem Staate das Territorialitätsprinzip herrschen, d. h. Unterwerfung der Ausländer unter die inländischen Gesetze (quidquid est in territorio, etiam est de territorio) oder das Personalitätsprinzip, d. h. Behandlung der Ausländer nach ihrem heimischen Rechte (iura ossibus inhaerent).[33])

Ausländer heißen Forensen, wenn sie ein Grundstück im Inlande haben.

Sind Forensen nach der Verfassung eines Staats dem inländischen Recht, insbesondere der inländischen Gerichtsbarkeit, nur bezüglich ihres Grundstücks unterworfen (forum rei sitae), so spricht man von Landsassiatus minus plenus; sind sie dem Rechte des Inlands auch in sonstigen Beziehungen unterstellt, von Landsassiatus plenus (D. § 64 a 3).

---

[33]) In der Gegenwart pflegt ein gemischtes System zu gelten, dergestalt, daß die Sätze des inländischen öffentlichen Rechts auf alle im Inlande befindlichen Personen angewendet werden (vgl. zB. StGB. § 3), während für das Privatrecht bei Beteiligung eines Ausländers oder Vornahme einer Handlung im Auslande dessen Recht in Betracht gezogen wird (vgl. zB. WO. Art. 84 ff., EGBGB. Art. 7 ff.). Wird in den gedachten Fällen zweifelhaft, welches örtliche Recht auf einen gewissen Rechtsvorgang zur Anwendung zu bringen ist, so spricht man von „Statutenkollision" (statuta = Partikularrechte). Die Grundsätze, nach welchen die Entscheidung einer Statutenkollision zu erfolgen hat, faßt man mit dem Ausdruck „Internationales (Privat- und Straf-)Recht" zusammen.

Die betreffenden Rechtssätze werden regelmäßig in den nationalen Kodifikationen aufgestellt (zB. EGBGB. Art. 7 ff.); sie bilden daher keinen Bestandteil des Völkerrechts, das „auf der übereinstimmenden Rechtsüberzeugung der Kulturstaaten beruht". Selbstverständlich können aber die Fragen der Statutenkollision auch durch völkerrechtliche Vereinbarungen geregelt werden (vgl. zB. das Haager Abkommen vom 14. November 1896 zur gemeinsamen Regelung einiger Fragen des internationalen Privatrechts).

Im Inlande befindliche Ausländer, welche nach völkerrechtlichen Grundsätzen der inländischen Staatsgewalt nicht unbeschränkt unterliegen (Souveräne, Gesandte, Jurisdiktionskonsuln, Truppen), heißen Exterritoriale.

g. Zeitliche Wirkung der Rechtsnormen.

Die Rechtsnormen wirken im allgemeinen nur in die Zukunft, also bezüglich derjenigen Rechtsverhältnisse, welche unter ihrer Herrschaft begründet werden; sie haben keine „rückwirkende Kraft", sofern sie sich dieselbe nicht ausdrücklich beilegen (C. 1, 14, 7: Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim etiam de praeterito tempore adhuc pendentibus negotiis cautum sit). Nur authentische Interpretationen haben insofern rückwirkende Kraft, als der Richter die interpretierte Rechtsnorm auch auf die vor der authentischen Interpretation begründeten Rechtsverhältnisse anzuwenden hat.

Rechtsnormen behalten ihre Wirksamkeit, bis sie entweder ausdrücklich beseitigt sind, oder bis eine ihnen widersprechende Rechtsnorm festgestellt ist (Lex posterior derŏgat priori); vgl. unten § 16 b 3.

h. System.

Der Erkenntnis des objektiven Rechts dient in erster Reihe die exegetische Methode, die die einzelnen Rechtsnormen interpretiert (oben S. 29). Zur Rechtswissenschaft (Jurisprudenz) wird die Rechtserkenntnis jedoch erst durch das systematische Erkennen, d. h. durch die Verarbeitung der einzelnen Vorschriften zu einem System neben- und untergeordneter Lehrsätze (dogmata, daher dogmatische Rechtswissenschaft im Gegensatze zur historischen Rechtswissenschaft oder Rechtsgeschichte, unten i). Auf die dogmatisch-systematische Methode sind die einzelnen Hauptdisziplinen (vgl. oben d 3)[34]) des heutigen akademischen Unterrichts zurückzuführen. S. auch unten S. 41[2].

[34]) Von den Hauptdisziplinen der Rechtswissenschaft werden unterschieden:

a. die Nebendisziplinen (Einführung in die Rechtswissenschaft,

Rechtssystem ist, wie bereits angedeutet, die Anordnung des objektiven Rechts nach einem gemeinsamen Grundgedanken. Im System des Privatrechts sind die Rechtsnormen nach Rechtsinstituten zusammengefaßt.

Rechtsinstitut ist ein Inbegriff von Rechtsnormen, welche sich auf denselben Gegenstand beziehen. Jedes Rechtsinstitut (zB. Ehe, Eigentum, Pfandrecht) regelt gewisse Arten von Rechtsverhältnissen.

Rechtsverhältnis ist eine rechtlich geordnete Beziehung einer Person zu anderen Personen oder zu Gütern, d. h. den zur Befriedigung menschlicher Bedürfnisse geeigneten Gegenständen, ein rechtlich geordnetes Lebensverhältnis[35]). Rechtsverhältnisse entstehen, werden beeinflußt und endigen durch gewisse Tatsachen, welche infolge dieser Bedeutung für das Rechtsverhältnis als **juristische Tatsachen** bezeichnet werden. Solche sind: **Rechtsgeschäfte** (d. h. zur Regelung der Rechtsverhältnisse des Erklärenden bestimmte Willenserklärungen), **Rechtsverletzungen** oder sonstige **Ereignisse**, die juristisch von Bedeutung sind (zB. Geburt, Tod); vgl. unten § 42 a.

1. Aus den Rechtsverhältnissen von Person zu Person entstehen die **persönlichen Rechte**. Insofern dieselben auf

---

S. 1[1], Rechtsgeschichte, S. 36, Rechtsphilosophie, S. 20, gerichtliche Medizin, d. h. die Lehre von den medizinischen Tatsachen, soweit diese, wie die geschlechtlichen Verhältnisse, Tod, Körperverletzung, Geisteskrankheiten usw., für die Rechtspflege in Betracht kommen);

b. die **Hilfsdisziplinen**, namentlich:

1. theoretische Nationalökonomie (Volkswirtschaftslehre), die Lehre von der Erzeugung, dem Umsatz und Verbrauche der Güter innerhalb der Volksgemeinschaft,

2. praktische Nationalökonomie (Volkswirtschaftspolitik), die Lehre von der zweckmäßigsten Förderung der Volkswirtschaft durch den Staat,

3. Finanzwissenschaft (Staatshaushaltslehre), die Lehre von der Beschaffung und Verwendung der für den Staat zur Durchführung seiner Aufgaben (oben S. 10) erforderlichen Mittel und von der Verwaltung des Staatsvermögens und der Staatsschulden.

[35]) Heute wird der Begriff „Rechtsverhältnis" auch für das öffentliche Recht verwertet. So bezeichnet Kohler den **Prozeß** als ein, besonderen Vorschriften unterstehendes, Rechtsverhältnis unter den Parteien.

eine vermögenswerte Leistung abzielen, nennt man sie Forderungsrechte oder Obligationen. Entspringen die persönlichen Rechte aus dem Verhältnisse der Ehegatten oder der Verwandten zu einander, so nennt man sie Familienrechte.

2. Aus dem Rechtsverhältnis einer Person zu einer Sache entstehen die dinglichen Rechte, d. h. Rechte, welche eine Sache der Willensmacht einer Person unmittelbar unterwerfen, entweder in allen Beziehungen (Eigentum) oder nur in einzelnen (iura in re aliena).

Von dem dinglichen Rechte scharf zu unterscheiden ist das Recht zur Sache (ius ad rem), d. h. das Forderungsrecht auf Leistung einer bestimmten Sache. Insofern nach heutigem Rechte (§ 883 CPO.) der Berechtigte dem Verpflichteten die geschuldete Sache fortnehmen lassen darf (Realexekution, unten § 72 a), ist durch das Recht zur Sache allerdings auch hier eine Beziehung einer Person zu einer Sache geschaffen, aber keine unmittelbare, wie beim dinglichen Rechte, sondern nur eine mittelbare.

3. Das moderne Recht gewährt außerdem gewissen Betätigungen der individuellen Persönlichkeit Rechtsschutz und macht dieselben dadurch zu Gütern (Persönlichkeitsrechte, Rechte an immateriellen Gütern): Recht auf Namen, Titel, Wappen; Urheberrechte, Erfinderrechte; das — neuerdings anerkannte — Recht am eigenen Bilde.

Die Rechtsnormen, welche die dinglichen Rechte, die Forderungsrechte und die Familienrechte betreffen, pflegt man im Systeme des Privatrechts unter den Titeln „Sachenrecht", „Recht der Schuldverhältnisse" oder „Obligationenrecht" und „Familienrecht" darzustellen.

Zu diesen 3 Teilen treten noch die Rechtsnormen über die Rechtsverhältnisse, welche durch den Tod einer Person hervorgerufen werden („Erbrecht"), und gewisse allgemeine, für alle Arten von Rechtsverhältnissen gültige Regeln („Allgemeiner Teil").

Das übliche System des Privatrechts, welchem auch das Bürgerliche Gesetzbuch folgt, zerfällt hiernach in 5 Abschnitte:

I. Allgemeiner Teil.
II. Recht der Schuldverhältnisse.

III. Sachenrecht.
IV. Familienrecht.
V. Erbrecht.

Die eben besprochene Einteilung der subjektiven Rechte ergibt sich aus der Verschiedenheit der Rechtsverhältnisse, denen sie entspringen. Von einem anderen Einteilungsgrunde geht die Unterscheidung in relative und absolute Rechte aus.

Relative Rechte sind solche Berechtigungen, denen von vornherein eine Verpflichtung einer bestimmten Person gegenübersteht.

Absolute Rechte nennt man diejenigen, die gegen alle („gegen niemanden nicht") gehen, wenn auch die Betätigung dieser Rechte („der Anspruch") voraussetzt, daß sich eine bestimmte Person zu ihnen in Widerspruch gesetzt, sie verletzt hat.

Die Forderungsrechte sind in der Regel relative (Ausnahme: actiones in rem scriptae, unten § 61 b 3), die dinglichen und die Persönlichkeitsrechte in der Regel absolute (Ausnahme: Vindikationsbeschränkungen, unten § 129), die Familien- und Erbrechte teils absolute (Statusklagen, hereditatis petitio), teils relative (z.B. querela inofficiosi testamenti).

i. Rechtsgeschichte.

Zum Verständnisse des gegenwärtig gültigen Rechts eines bestimmten Volks ist es unerläßlich, den Entwickelungsgang zu verfolgen, welchen das Recht genommen hat. Dies ist die Aufgabe der Rechtsgeschichte (oben S. 33), welche nach zwei Richtungen tätig sein muß.

1. Die „äußere Rechtsgeschichte" behandelt die geschichtliche Entwickelung des Rechts im ganzen (daher auch „allgemeine" Rechtsgeschichte genannt) mit Berücksichtigung der staatlichen Verhältnisse, unter welchen es entstanden ist, und stellt die Rechtsquellen dar.

2. Die „innere Rechtsgeschichte" lehrt, wie die einzelnen Rechtsinstitute sich entwickelt haben („besondere" Rechtsgeschichte).

Was die Anordnung des Stoffs betrifft, so kann die Darstellung *periodisch* (*synchronistisch*) oder *systematisch* (*chronologisch*) verfahren: jene Methode gliedert den Stoff nach den hauptsächlichen Epochen und führt den innerhalb der so entstehenden Perioden geltenden Rechtszustand vor; die systematische Methode dagegen stellt die Entwickelung der einzelnen Rechtsinstitute fortlaufend dar. Der Vorteil der periodischen Erörterung besteht darin, daß sie ein Gesamtbild des jeweiligen Rechtszustands bietet, ihr Nachteil darin, daß sie einen Überblick über das Werden der einzelnen Institutionen erschwert; das Umgekehrte ist bei der anderen Methode der Fall. Infolgedessen wird häufig eine Vereinigung beider Darstellungsweisen bevorzugt.

§ 2. Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs.

Das im Jahre 1806 aufgelöste Deutsche Reich ist aus dem fränkischen Reiche hervorgegangen. Seine staatliche Selbständigkeit besteht seit den Verträgen von Verdun (843) und Mersen (870), durch welche die Stämme der Franken, Alamannen, Sachsen, Bayern, Thüringer und Friesen unter Ludwig dem Deutschen zu einem Staatsganzen vereinigt wurden.

Die staatliche Grundlage zur Entstehung gemeinen Rechts war hiermit gegeben. Jahrhunderte jedoch verflossen, ehe auf dem Gebiete des Privatrechts für das Gesamtreich geltende Normen entstanden. Die *Gesetzgebung* des Reichs zunächst hat für das Privatrecht fast garnichts geleistet (D. § 54). Bezüglich des *Gewohnheitsrechts* sind zwei Perioden zu unterscheiden. Bis zum Beginne des 13. Jahrhunderts kann von gemeinem Privatrecht auch auf der Grundlage von Gewohnheitsrecht nicht gesprochen werden. Es gab allerdings bei allen deutschen Stämmen gewisse gemeinsame und rein deutsche Rechtsgedanken; ihre Ausführung aber gestaltete sich in den einzelnen Teilen Deutschlands ganz verschieden.

Mit dem 13. Jahrhundert jedoch tritt ein in der Geschichte einzig dastehender Vorgang in die Erscheinung,

durch welchen die deutsche Rechtsentwickelung in ganz neue Bahnen und zu einer gemeinrechtlichen Grundlage geführt wird: die Rezeption oder die Aufnahme des römischen und kanonischen Rechts sowie des langobardischen Lehnrechts in Deutschland (D. §§ 51, 52).

Das römische Recht hatte durch den oströmischen Kaiser Justinian (527—565 n. Chr.) einen Abschluß in der heute als „Corpus iuris civilis" bezeichneten Sammlung erhalten (unten §§ 22 ff.). Ebenso war das kanonische Recht, d. h. das durch die römisch-katholische Kirche geschaffene Recht, im „Corpus iuris canonici" (D. § 62) und das langobardische Lehnrecht in den „Libri feudorum" (vgl. D. § 49 d) gesammelt. Auf die genannten drei Rechtsbücher bezog sich die Rezeption, welche, befördert durch die verschiedensten Umstände[1]), mit der völligen Umgestaltung des deutschen Rechts endigte.

Die Rezeption vollzog sich allmählich durch die Anwendung des römischen Rechts in den deutschen Gerichten, also im Wege der Gewohnheit. Diese Übung erfolgte in ganz Deutschland und in der Überzeugung, für ganz Deutschland gültiges Recht anzuwenden. Das in Deutschland eingeführte fremde Recht wurde daher „gemeines Recht". Spricht man in Deutschland von „Gemeinem Rechte" schlechthin, so meint man damit das rezipierte fremde, insbesondere das römische Recht in der Gestalt, welche es in der deutschen Rechtsentwickelung angenommen hat („Pandektenrecht", so genannt nach dem wichtigsten Bestandteile des Corpus iuris civilis, den Pandectae, unten § 24).

---

[1]) Hierher gehört insbesondere die örtliche Zersplitterung des vielfach ungeschriebenen einheimischen Rechts, dem gegenüber die fremden Rechte als „ratio scripta" erschienen, sowie die Ansicht von dem Zusammenhange des alten deutschen („heiligen römischen Reichs deutscher Nation") mit dem weströmischen Reiche (sog. „theoretische Rezeption"), ferner das Aufkommen eines gelehrten, auf italienischen und später auf deutschen Universitäten lediglich im römischen Recht ausgebildeten Richterstands und die Anwendung des kanonischen Rechts in den geistlichen Gerichten („praktische Rezeption").

Denn naturgemäß war die Rechtsentwickelung in Deutschland mit der Rezeption nicht abgeschlossen. Eine Zeit lang schien es allerdings, als sollten die rezipierten Rechte das einheimische Recht völlig verdrängen. Dann aber kam den Juristen zum Bewußtsein, daß das römische Recht, als einer anderen Zeit und einer anderen Nation entstammend, nicht in allen seinen Teilen zur unmittelbaren Rechtsanwendung in Deutschland geeignet wäre. Deutsche Rechtsgedanken fingen wieder zu wirken an, das römische Recht wurde den neuen Verhältnissen angepaßt (daher „usus modernus Pandectarum"), in einigen wenigen Punkten griff auch die Reichsgesetzgebung ein, und als Ergebnis dieser Entwickelung stellte sich ein gemeines Privatrecht dar, dessen Hauptbestandteil freilich das römisch-kanonische Recht geblieben war, während die deutschrechtlichen Teile Gegenstand der im 18. Jahrhundert aufkommenden Wissenschaft des „Deutschen Privatrechts" wurden.

Der durch die Rezeption geschaffene Rechtszustand bildet auch heute noch die Grundlage des gesamten im Deutschen Reiche geltenden Privatrechts. Er hat jedoch in doppelter Beziehung Veränderungen erlitten:

a. Bis zum 1. Januar 1900.

1. Das unmittelbare Geltungsgebiet des Gemeinen Rechts hatte sich im letzten Jahrhundert verengert. Zwar war die Auflösung des Reichs 1806 hierfür bedeutungslos; denn für den Begriff des „gemeinen Rechts" ist der Vorgang maßgebend, dem das Recht seine Entstehung verdankt (S. 27 ff.), und dieser Vorgang war die für ganz Deutschland erfolgte Rezeption. Allein einzelne der seit dem Westfälischen Frieden zu voller Souveränität erstarkten deutschen Staaten schieden dadurch formell aus dem Gebiete des Gemeinen Rechts aus, daß in ihnen „exklusive Kodifikationen" erfolgten, d. h. erschöpfende Zusammenfassungen des in diesen Staaten geltenden Privatrechts, neben welchen für die unmittelbare Anwendbarkeit des Gemeinen Rechts kein Platz mehr war. Solche Kodifikationen ergingen für Preußen 1794 („Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten",

„ALR."), Baden und die Rheinlande 1809 (Aufnahme des Code Napoléon), Österreich 1811 („Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch"), Sachsen 1863 („Bürgerliches Gesetzbuch"). Materiell hat das Gemeine Recht jedoch auch für diese Staaten seine Bedeutung behalten; denn da diese Kodifikationen sämtlich auf dem bisherigen Rechte beruhen, so ist dessen Kenntnis auch zum Verständnisse der Landesrechte unentbehrlich.

In denjenigen Teilen Deutschlands, für welche Kodifikationen nicht ergangen waren, kam das Gemeine Recht bis zum 1. Januar 1900 auch noch formell zur Anwendung, so in den 1866 an Preußen gefallenen „neuen" Provinzen (vgl. D. Anhang I).

2. In sachlicher Beziehung ist das Gemeine Recht, abgesehen von der durch die Wissenschaft erfolgten Weiterbildung (D. § 52e), verändert worden durch die Gesetze des Norddeutschen Bundes und des Deutschen Reichs (D. § 58). Sie bilden eine neue Quelle Gemeinen Rechts, während dem Deutschen Bunde (1815—1866) die Zuständigkeit zur Schaffung gemeinen Rechts fehlte (D. §§ 21c, 57).

Das Deutsche Reich zerfiel somit vor dem 1. Januar 1900 in Rücksicht auf das Privatrecht in die Gebiete:

α. des kodifizierten Rechts, in welchen das rezipierte Recht nicht mehr die Bedeutung einer unmittelbaren Rechtsquelle hatte, also namentlich:

a. des Preußischen Allgemeinen Landrechts (etwa 21½ Millionen Einwohner),

b. des französischen Rechts (8½ Millionen Einwohner),

c. des sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuchs (3½ Millionen Einwohner);

β. des nicht kodifizierten oder Gemeinen Rechts (etwa 16½ Millionen Einwohner).

In beiden Rechtsgebieten galten die neuen Reichsgesetze absolut.

b. Seit dem 1. Januar 1900.

Eine bedeutsame Änderung erlitt dieser Rechtszustand mit dem 1. Januar 1900. An diesem Tage (EGBGB.

Art. 1) trat das nach jahrzehntelangen Vorarbeiten (D. § 58 b) zustande gekommene **Bürgerliche Gesetzbuch** („BGB.", 2385 Paragraphen) vom 18. August 1896 und das **Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch** („EGBGB.", 218 Artikel) vom gleichen Tage in Kraft. Gleichzeitig traten in Kraft die zum Zwecke der Übereinstimmung und auf Grund des BGB. umgeänderten Reichsgesetze: das neue HGB. vom 10. Mai 1897, die auf Grund des Gesetzes vom 17. Mai 1898 vom Reichskanzler bekannt gemachte neue Fassung des GVG., der CPO. und der KO. vom 20. Mai 1898; endlich die neuen Reichsgesetze: das RG. über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24. März 1897 („ZwVG."), die Reichsgrundbuchordnung vom 24. März 1897 („GBO.") und das RG. über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898 („FrG."), sämtlich in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898.

Wenn es auch nicht gelungen ist, alle Rechtsgebiete zur reichsrechtlichen Regelung zu bringen, vielmehr bedeutsame Teile dem Landesrechte vorbehalten sind (EGBGB. Art. 55 bis 152, sog. **Verlustliste der deutschen Rechtseinheit**), so ist die seit Jahrhunderten erstrebte Rechtseinheit doch im wesentlichen erreicht. —

Das vorliegende Werk stellt das im Deutschen Reiche geltende bürgerliche Recht (Privatrecht) dar auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der übrigen Reichsgesetze und unter Hervorhebung der Änderungen, welche der bisherige Rechtszustand infolge der neuen Reichsgesetzgebung vom 1. Januar 1900 ab erfahren hat.

Das Werk zerfällt — im Anschluß an den auf den deutschen Universitäten eingeführten Lehrplan[2]) — in zwei Teile.

---

[2]) **Das Rechtsstudium und der praktische Vorbereitungsdienst** für die Laufbahn des Richters, Staatsanwalts und Rechtsanwalts sind heute im Deutschen Reiche teils reichsrechtlich geordnet, teils dem Landesrecht überlassen.

Nach GVG. § 2 wird die Fähigkeit zum Richteramte (welche nach § 1 der Reichsrechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878 auch die

Der erste Teil (Geschichte des Bürgerlichen Rechts) verfolgt in zwei gesonderten Abteilungen (Römische

---

Voraussetzung der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft bildet) durch Ablegung zweier Prüfungen erlangt; nur die ordentlichen Professoren sind zum Richteramte befähigt, auch wenn sie keine Staatsprüfung abgelegt haben (GVG. § 4). Der ersten Prüfung muß ein dreijähriges Studium auf einer Universität (wovon mindestens drei Semester auf einer deutschen Universität zu verbringen sind), der zweiten Prüfung ein mindestens dreijähriger Vorbereitungsdienst bei den Gerichten, bei der Staats- und Rechtsanwaltschaft vorhergehen. Diese reichsrechtlichen Fristen können jedoch landesrechtlich verlängert (nicht auch verkürzt) werden.

a. In Preußen ist demgemäß (Preuß. AGGVG. § 1) das Universitätsstudium auf drei, die Vorbereitungszeit auf vier Jahre festgesetzt (umgekehrt z.B. in Bayern); ein von der Preußischen Regierung eingebrachter Gesetzentwurf, der das Universitätsstudium auf 3½ Jahre verlängerte (unter entsprechender Verkürzung des Vorbereitungsdienstes), wurde im Juni 1902 wieder zurückgezogen. Das Universitätsstudium ist in Preußen mit Rücksicht auf das Inkrafttreten des BGB. durch eine im Einverständnisse mit dem Kultusminister erlassene Allgemeine Verfügung des Justizministers vom 18. Januar 1897 wie folgt geordnet:

I. An Stelle der bisherigen Vorlesungen über juristische Encyklopädie, römische Rechtsgeschichte, Institutionen des römischen Rechts, Pandekten, deutsche Rechtsgeschichte, deutsches Privatrecht, preußisches Landrecht, rheinisch-französisches Recht treten folgende Vorlesungen: 1. Einführung in die Rechtswissenschaft; 2. römische Rechtsgeschichte und System des römischen Privatrechts (vgl. Anm. 3); 3. deutsche Rechtsgeschichte und Grundzüge des deutschen Privatrechts; 4. deutsches bürgerliches Recht (bürgerliches Gesetzbuch nebst reichs- und landesrechtlichen Ergänzungen) in eingehender dogmengeschichtlicher Entwickelung; 5. Übersicht über die Rechtsentwickelung in Preußen mit Rücksicht auf die einzelnen Landesteile. Die Vorlesung über bürgerliches Recht ist in der Regel innerhalb der ersten Hälfte des Rechtsstudiums zu hören. Wird sie als Doppelvorlesung in einen ersten und einen zweiten Teil zerlegt, so sind die beiden Teile der Vorlesung nicht in demselben Semester, der zweite nicht vor dem ersten zu hören.

II. Von den exegetischen, praktischen oder sonstigen Übungen der Studierenden muß a) in die erste Hälfte der Studienzeit mindestens eine Übung im deutschen bürgerlichen Rechte, b) in die zweite Hälfte der Studienzeit mindestens eine Übung im deutschen bürgerlichen Recht und eine civilprozessualische, das bürgerliche Recht mitumfassende Übung fallen. Als Übungen im Sinne dieser Vorschriften gelten nur solche, die mit schriftlichen Arbeiten verbunden sind.

III. Dem Gesuche um Zulassung zur ersten juristischen Prüfung sind Arbeiten beizufügen, welche in den unter II a, b bezeichneten

Rechtsgeschichte und System des römischen Privatrechts, „R.", und Deutsche Rechtsgeschichte, „D.")

Übungen vom Kandidaten angefertigt und vom Lehrer oder dessen Assistenten schriftlich zensiert sind. Aus den Zensuren muß sich ergeben, daß die Arbeiten mit dem Kandidaten besprochen sind. Auch ist ein Gesamtzeugnis einzureichen, daß der Kandidat mit Fleiß und Erfolg an der Übung teilgenommen hat.

IV. Inwieweit die Nichtbeachtung der Bestimmungen unter I—III die Annahme eines ordnungsmäßigen Rechtsstudiums ausschließt, hat der Vorsitzende der Prüfungskommission zu entscheiden. Liegt nach dieser Entscheidung ein ordnungsmäßiges Rechtsstudium nicht vor, so wird der Kandidat auf ein oder mehrere Semester zurückgewiesen.

V. Als genügend entschuldigt ist die Nichtteilnahme an einer Vorlesung oder Übung namentlich dann anzusehen, wenn diese an der Universität, auf welcher sich der Studierende befand, nicht oder nur in einer dem Rahmen des gesammten Studienplans nicht entsprechenden Stundenzahl gehalten worden ist und der Studierende den Umständen nach nicht in der Lage war, eine andere Universität zu beziehen. In Betreff der Frage, ob die für eine Vorlesung oder eine Übung angesetzte Stundenzahl als eine unverhältnismäßige anzusehen ist, hat eine besondere Verfügung des Unterrichtsministers als Anhalt zu dienen.

Die vorstehende Verfügung v. 18. Januar 1897 ist ergänzt durch die Allg. Verf. des Justizministers vom 13. Mai 1899:

Neben den Disziplinen des Privatrechts und der Rechtsgeschichte dürfen diejenigen des öffentlichen Rechts, insbesondere Strafrecht, Strafprozeß, Kirchenrecht, Staatsrecht und Völkerrecht sowie die Grundlagen des Verwaltungsrechts, der Nationalökonomie und der Finanzwissenschaft weder im Studium noch in der Prüfung vernachlässigt werden. Für das Studium des öffentlichen Rechts wird es von Nutzen sein, wenn die Studierenden neben der unter II b der Allg. Verf. vom 18. Januar 1897 vorgeschriebenen civilprozessualischen Übung auch die eine oder andere Übung aus den vorerwähnten Rechtsgebieten besuchen.

Hinsichtlich der Schulbildung der Rechtsstudenten ist in Preußen die folgende Bekanntmachung des Kultus- und des Justizministers vom 1. Febr. 1902 ergangen:

1. Die geeignetste Anstalt zur Vorbildung für den juristischen Beruf ist das humanistische Gymnasium.
2. Zu dem Rechtsstudium werden außer den Studierenden, welche das Zeugnis der Reife von einem deutschen humanistischen Gymnasium besitzen, auch solche Studierende zugelassen, welche das Zeugnis der Reife von einem deutschen Realgymnasium oder von einer preußischen Oberrealschule erworben haben.

die geschichtliche Entwickelung der römischen und der deutschen Grundlagen des heute im Deutschen Reiche geltenden bürgerlichen Rechts[3]).

---

3. Den Studierenden der beiden letzten Kategorien, sowie denjenigen Gymnasialabiturienten, deren Reifezeugnis im Lateinischen nicht mindestens das Prädikat „genügend" aufweist, bleibt es bei eigener Verantwortung überlassen, sich die für ein gründliches Verständnis der Quellen des römischen Rechts erforderlichen sprachlichen und sachlichen Vorkenntnisse anderweit anzueignen.
4. Bei der Einrichtung des juristischen Studiums und der ersten juristischen Prüfung wird Vorkehrung getroffen werden, daß die zu 3. bezeichneten Studierenden sich über die dort gedachten Vorkenntnisse auszuweisen haben.

b. Für die juristischen Prüfungen und die Vorbereitung zum höheren Justizdienste gilt in Preußen das Gesetz vom 6. Mai 1869, welches durch Verfügungen des Justizministers vom 1. Mai 1883, 3. November 1890 nnd 6. März 1899 ergänzt ist. Danach wird die erste juristische Prüfung bei den OLG. Königsberg (zugleich für den Bezirk des OLG. Marienwerder), Berlin, Stettin, Breslau (zugleich für den Bezirk Posen), Naumburg, Kiel, Celle, Kassel (zugleich für die Bezirke Frankfurt a. M. und Hamm), Köln vor vier Examinatoren (darunter zwei Universitätslehrern) abgelegt (Prüfungsgebühr 50 Mk.). Der Kandidat kann die Prüfung entweder vor der Kommission desjenigen Bezirks, in welchem seine Ausbildung als Referendar in Aussicht genommen ist (meist in welchem der Vater wohnt), ablegen, oder vor derjenigen Kommission, in deren Bezirke die Universität liegt, an welcher der Rechtskandidat das letzte und mindestens noch ein früheres Semester verbracht hat. Seine Zulassung aus dem letzteren Grunde kann jedoch bei Überlastung der Prüfungskommission verweigert werden. Das Gesuch um Zulassung ist „An den Herrn Vorsitzenden der Kommission für die erste juristische Prüfung in . . . ." zu richten. Dem selbstgeschriebenen Gesuche sind beizufügen: das Abiturientenzeugnis sowie die Universitätsabgangszeugnisse, das Zeugnis über die Militärverhältnisse, ein deutscher, selbstgeschriebener Lebenslauf (enthaltend insbesondere Gang des Universitätsstudiums, Angabe bevorzugter Disziplinen, Militärverhältnisse) sowie etwaige von einem Universitätslehrer zensierte Arbeiten. Außerdem kann das Gesuch die Disziplin angeben, welcher die schriftliche Arbeit entnommen werden soll. Die letztere (vgl. Striemer, Anleitung, 3. Aufl. 1901) ist binnen 6 Wochen in Reinschrift mit der Schlußversicherung abzuliefern: „Ich versichere, daß ich die Arbeit selbständig angefertigt und anderer als der von mir angegebenen Schriften mich nicht bedient habe." Zu der (für Rechtskandidaten öffentlichen) mündlichen Prüfung werden vier Kandidaten geladen. Wer die Prüfung nicht

Der zweite Teil (Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, „L.") stellt das heute im Deutschen Reiche geltende Recht dar. Er folgt dem Systeme des Bürgerlichen

---

besteht, wird regelmäßig auf ein Jahr zurückgestellt, innerhalb dessen er ein Semester studieren muß. Durch einstimmigen Beschluß der Prüfungskommission kann das Universitätsstudium erlassen, die Zurückweisung auf sechs Monate ermäßigt oder die Wiederholung auf die schriftliche oder mündliche Prüfung beschränkt werden. Der mit Erfolg („ausreichend", „gut", „mit Auszeichnung") geprüfte Rechtskandidat hat bei dem Präsidenten des Oberlandesgerichts, in dessen Bezirk er den Vorbereitungsdienst zurücklegen will, um seine Ernennung zum Referendar zu bitten und diesem Gesuche das Prüfungszeugnis sowie ein beglaubigtes „Sustentationszeugnis" (überzeugender Nachweis standesgemäßen Unterhalts für 5 Jahre) beizufügen. Er wird alsdann zum Referendar ernannt, einem mit höchstens drei Richtern besetzten Amtsgericht überwiesen und tritt bei diesem nach Leistung des „allgemeinen Diensteides" in den höheren Justizdienst ein.

Wer die Prüfung nicht bestanden hat, ist nach Ablauf eines auf 6—12 Monate zu bestimmenden Zeitraumes auf seinen Antrag zu einmaliger Wiederholung der Prüfung zuzulassen, sofern er nachweist, daß er ein Semester dem fortgesetzten Studium auf einer Universität gewidmet hat. Durch einstimmigen Beschluß der Prüfungskommission kann

1. das weitere Rechtsstudium erlassen und
2. die Wiederholung der Prüfung auf den schriftlichen oder mündlichen Teil beschränkt oder auch nur eine der Vergünstigungen zu 1. und 2. bewilligt werden (§ 11 des Regulativs vom 1. 5. 83 in der Fassung der Verfügung vom 6. 3. 99).

c. Der Vorbereitungsdienst umfaßt 46 Monate (erste Amtsgerichtsstation: 9 Monate; Landgericht: 12 Monate; Staatsanwaltschaft: 4 Monate; Rechtsanwaltschaft und Notariat: 6 Monate; zweite Amtsgerichtsstation: 9 Monate; Oberlandesgericht: 6 Monate). Der Referendar kann sich zur großen Staatsprüfung jedoch erst 48 Monate nach seiner Vereidigung melden. Die überschießenden 2 Monate sind aber regelmäßig verbraucht, da Beurlaubungen nur mit jährlich 4 Wochen, Krankheit und militärische Übungen mit jährlich 8 Wochen auf die Vorbereitungszeit zur Anrechnung kommen.

d. Die große Staatsprüfung kann nur in Berlin (Justizprüfungskommission, Gebühr 60 Mk.) abgelegt werden. Theoretische Arbeit (6 Wochen Frist), praktische Arbeit (sog. Relation, d. h. Sachdarstellung, Gutachten, Urteil auf Grund mitgeteilter Prozeßakten, 3 Wochen Frist), mündliche Prüfung (3 Examinatoren, 6 Kandidaten).

e. Nach dem Bestehen der großen Staatsprüfung werden die Referendare in Preußen zu Gerichtsassessoren ernannt und einem

Gesetzbuchs und zerfällt daher in 5 Bücher: Allgemeiner Teil („L. I"), Recht der Schuldverhältnisse („L. II"), Sachenrecht („L. III"), Familien- und Erbrecht („L. IV"). Die durch andere Reichsgesetze geordneten und die der Landesgesetzgebung überwiesenen Rechtsgebiete sind an geeigneten Stellen eingeschaltet.

Amtsgerichte zur unentgeltlichen Beschäftigung als Richter überwiesen. Sie können auch einem Landgericht überwiesen werden, dürfen bei diesem richterliche Funktionen aber nur ausüben, wenn sie zu Hülfsrichtern ernannt und besoldet sind. In Preußen verbleiben also alle geprüften Referendare im Justizdienste, bis sie freiwillig ausscheiden, während in Bayern die „geprüften Rechtspraktikanten" erst mit ihrer Anstellung als Richter oder ihrer Berufung zu Hülfsrichtern in den Justizdienst wieder eintreten. Der von der preußischen Regierung gelegentlich der Regelung der Dienstaltersstufen für Richter 1896 unternommene Versuch, auf Grund gesetzlicher Bestimmung sich die Auswahl unter den zu Gerichtsassessoren zu Ernennenden vorzubehalten (sog. Assessorenparagraph), scheiterte an dem Widerstande des Abgeordnetenhauses.

*) Die Aufgabe des „Systems des römischen Privatrechts" im Sinne des neuen Studienplans (oben Anm. 2) ist zunächst die gleiche wie die der früheren Vorlesung über die „Institutionen des römischen Rechts", welch letztere den Anfänger in das reine römische Recht z. B. Justinians einführen sollten. Darüber hinausgehend ist aber auch die Fortbildung des römischen Rechts im Gemeinen (Pandekten-) Rechte (S. 38) zu berücksichtigen und so der Zusammenhang mit dem heutigen Recht herzustellen. Vgl. das Vorwort.

I. Abteilung.

Römiſche Rechtsgeſchichte und Syſtem des römiſchen Privatrechts.

A. Römiſche Rechtsgeſchichte.

I. Buch: Geſchichte der Verfaſſung.

I. Periode: Bis zu den zwölf Tafeln (753—450 v. Chr.).
II. Periode: Bis zum Ende der Republik (31 v. Chr.)
III. Periode: Bis zum Tode Diokletians (305 n. Chr.).
IV. Periode: Bis zum Tode Juſtinians (565 n. Chr.).

§ 3. I. Periode: Bis zu den zwölf Tafeln (753—450 v. Chr.).

I. Die Königszeit.

a. Entſtehung Roms. Rom iſt angeblich entſtanden aus der Vereinigung einer (vielleicht gelegentlich eines ver sacrum[1]) gegründeten) latiniſchen Anſiedlung auf dem Mons Palatinus (Ramnes, Romani) mit einer ſabiniſchen Niederlaſſung auf dem Collis Quirinalis (Tities,

[1]) Ver sacrum bedeutet einen Frühling, deſſen Erzeugniſſe und Geburten zum Danke für die Errettung aus einer Gefahr dem Frühlingsgotte Mars geweiht ſind. Bezüglich der in dieſem Frühlinge geborenen Kinder wurde ein derartiges Gelübde durch Ausſendung derſelben in fremdes Land erfüllt.

Quirītes von quiris, die Lanze). Zu beiden Stämmen trat später noch ein dritter gemischten Ursprungs, die Lucĕres, auf dem Mons Coelius. Die Angehörigen der vereinigten „Stammdrittel" (tribus), die Ramnes, Tities, Lucĕres, heißen Quirītes in staatsbürgerlicher, Romani in militärischer und völkerrechtlicher Beziehung (Vos Quirītes rogo, S. 67 — Senatus Populusque Romanus, S. 69). Als Gründungsjahr gilt nach der maßgebenden Zeitrechnung (Ära) des Varro das Jahr 753 v. Chr.[2]).

b. Die Könige. Angeblich ist Rom bis zum Jahre 510 v. Chr. von 7 Königen beherrscht worden (Romulus, Numa Pompilius, Tullus Hostilius, Ancus Marcius, Tarquinius Priscus, Servius Tullius, Tarquinius Superbus).

Das Königtum ist nicht erblich. Stirbt der König, so tritt ein interregnum ein, während dessen die Staatsgewalt von 10 vom Senat aus seiner Mitte gewählten interreges mit fünftägigem Wechsel ausgeübt wird (res ad patres redit). Die Neuwahl erfolgt wahrscheinlich nicht, wie manche annehmen, durch den Senat, sondern durch den populus, welcher dem Gewählten nach seiner Bestätigung durch den Senat (patrum auctoritas) die höchste militärische, richterliche und priesterliche Gewalt (imperium) mittels einer lex curiata de imperio verleiht.

Nach der Wahl findet die inauguratio statt, d. h. die Einholung von Wahrzeichen durch einen Augur, meist aus dem Vogelfluge, zwecks Feststellung, ob der Gewählte den Göttern genehm sei.

Beamte der Königs sind: der tribunus celerum (D. 1, 2, 2, 15), der praefectus urbi (D. 1, 2, 2, 33), die quaestores parricidii (von quaerere, aufspüren, d. h. Beamte zur Verfolgung solcher Verbrechen, die gegen

---

[2]) Nach der Ära des Kato 751. — Zuweilen werden Daten nach Jahreszahlen ab urbe condita (a. u. c.) angeführt. Dann muß man, um Jahre der christlichen Zeitrechnung zu erhalten, die angegebenen Jahreszahlen mit 754 vergleichen.

einen einzelnen Bürger, nicht den Staat als solchen, gerichtet sind, D. 1, 2, 2, 23, vgl. unten § 34[3]), endlich die für jeden Fall von perduellio (von perduellis, arger Krieger, Feind, vgl. D. 50, 16, 234, pr.: Hochverrat, d. h. Verbrechen gegen die innere Ruhe, und Landesverrat, d. h. Verbrechen gegen die äußere Sicherheit des Staats[3])) bestellten duumviri perduellionis. Bei Ausübung der priesterlichen Verrichtungen stehen dem Könige für die Verehrung bestimmter Gottheiten die eigentlichen Priester, Flamines, zur Seite: Flamen Martialis, Quirinalis (= Romulus), Dialis (= Jupiter). Nicht zu verwechseln damit sind drei andere, genossenschaftlich geordnete Sachverständigenkollegien, die die Überlieferung für die gottesdienstlichen Verrichtungen bewahrten, deren richtige Vollziehung eine gewisse Sachkunde voraussetzte. Es sind dies die Augŭres, Pontifices und Fetiales. Von diesen haben die Augurn wegen ihrer durch die Notwendigkeit der Einholung von Auspizien gebotenen Teilnahme an allen staatlichen Vorgängen auf die Entwickelung des Staatsrechts maßgebenden Einfluß ausgeübt. Den Pontifices verdankt das Civilrecht und der Civilprozeß seine Fortbildung (unten § 31). Die zu Gesandtschaften an fremde Völker, zB. zwecks Auslieferung Schuldiger (deditio), zur Kriegserklärung (bellum indicere, durch Hinüberschleudern einer Lanze in das feindliche Gebiet), zum Fordern von Genugtuung (res repetere, clarigare) verwendeten Fetialen haben den Grund zur Bildung eines Völkerrechts gelegt. Ihr Sprecher heißt pater patratus.

c. Das Volk. Im Volke sind 3 Stände zu unterscheiden.

1. Die Patrizier (patres) sind die Angehörigen der 3 Stammtribus. Die letzteren zerfallen in je 10, zusammen also in 30 curiae (con-vir) unter einem Vorsteher

[3]) Vgl. StGB. §§ 80, 81 (Hochverrat) und §§ 87 ff. (Landesverrat, sog. militärischer im Gegensatze zu dem im § 92 erwähnten diplomatischen).

(curio), dem ein Priester (flamen curialis) zur Seite steht. Jede curia besteht aus 10 gentes, d. h. Vereinigungen von mehreren Familien, unter einem decurio, welche durch gemeinsame Heiligtümer (sacra gentilicia), Namen (nomen gentilicium) und Grabstätten (sepulcra gentilicia) zusammengehalten werden; unten § 37 d.

Die Angehörigen derselben gens (gentiles) haben gegen einander auch einen gesetzlichen Anspruch auf Bevormundung und ein gesetzliches Erbrecht.

Die Patrizier haben allein alle staatsbürgerlichen Rechte, nur sie sind wahre Bürger. Die Häupter ihrer 300 gentes treten zum Rate der Greise (senes, senatus) zusammen.

2. Die Klienten sind Schutzverwandte der gentes, meist Angehörige unterworfener Staaten oder Freigelassene, welche sich vermöge der applicatio in ein Treuverhältnis zu einem patrizischen patronus begeben haben. Sie gelten als passive Mitglieder der gens, deren Namen sie führen.

Zweifelhaft ist, ob die Klienten schon ursprünglich freies oder nur ein auf beliebigen Widerruf (precario, „bittweise") ihnen vom Patron gewährtes Eigentum besessen haben.

3. Die Plebejer (plebs von plenus, die raumfüllende Menge) stehen anfänglich ganz außerhalb der Verfassung. Die plebs ist nach Niebuhr entstanden aus der Ansiedlung besiegter Stämme in Rom, nach Mommsen durch die Loslösung von Klienten aus der Zugehörigkeit zu den gentes. Angeblich durch Tarquinius Priscus wurden die vornehmsten Plebejerfamilien als Ramnes, Tities, Lucĕres secundi in die Zahl der gentes aufgenommen (gentes minores). Die übrigen Plebejer und die Klienten wurden erst durch die Centurieneinteilung des Servius Tullius (S. 59) zu Staatsbürgern gemacht, ohne eine völlige Gleichstellung mit den Patriziern zu erhalten.

4. Das Staatsgebiet zerfällt in die von der Ringmauer umzogene urbs und den außerhalb derselben befindlichen ager. Zwischen urbs und ager läuft an der Mauer entlang ein geheiligter Saum, das pomerium.

Unter Servius Tullius soll die ursprüngliche urbs erweitert und in 4 städtische Tribus (Suburana, Palatina, Esquilina, Collina), ebenso der ager in 15 tribus rusticae geteilt worden sein.

II. Die erste Zeit der Republik.

Die durch den Despotismus der Tarquinier hervorgerufene Revolution hatte zunächst nur die Ersetzung des rex durch 2 jährlich zu wählende consules (von consulere, „Berater", oder con-esse, „Amtsgenossen"), welche anfangs auch iudices oder praetores genannt wurden, zur Folge. Das dem Könige zustehende Imperium ging in vollem Umfang auf jeden der beiden Konsuln über; ihre Gewalt war aber durch das gegenseitige Interzessionsrecht beschränkt (S. 74). Nur die priesterlichen Verrichtungen waren den Konsuln von vornherein entzogen und auf das collegium pontificum übergegangen, dessen Vorsteher (der pontifex maximus) für gewisse gottesdienstliche Verrichtungen einen Opferkönig, rex sacrificulus, zu ernennen hatte.

Allmählich erlitt das konsularische Imperium jedoch Einschränkungen, sowohl äußerlich durch Neuschaffung besonderer Ämter, auf welche einzelne Befugnisse der Konsuln übergingen (die Censur 443 v. Chr. für die Einschätzung, S. 77, die Prätur 367 für die Rechtspflege, S. 77), als auch innerlich für die den Konsuln verbleibenden Amtshandlungen durch besondere Gesetze. Das erste dieser Gesetze ist die lex Valeria de provocatione (509 v. Chr.) des Konsuls P. Valerius Publicola[4]): Ne quis magistratus civem Romanum adversus provocationem necaret neve verberaret; d. h. in der Stadt und innerhalb der ersten tausend Schritte vom pomerium (intra primum

[4]) Als erste Konsuln werden L. Junius Brutus (angeblich tribunus celerum des Tarquinius Superbus und Führer des Aufstands) und L. Tarquinius Collatinus genannt. Letzterer soll wegen seiner Verwandtschaft mit der vertriebenen gens Tarquinia verdächtig geworden und abgesetzt, und es soll darauf als Ersatz-Konsul (consul suffectus) Publicola gewählt worden sein.

miliarium) soll gegen Urteile der Konsuln, welche Todes- oder Leibesstrafe verhängen, Berufung an den in den Centuriatkomitien versammelten populus stattfinden; vgl. unten § 34 b 1 *a*. Dieser populus wird allmählich als Träger der höchsten Staatsgewalt (Souveränität) angesehen.

Eine weitere Beschränkung erhielt die Konsulargewalt durch die Einsetzung der tribuni plebis (494 v. Chr., Erfolg der ersten secessio plebis in montem sacrum) infolge des den Volkstribunen zugestandenen Einspruchsrechts (ius auxilii et intercessionis, S. 78).

III. Die Zwölftafelgesetzgebung.

Die Plebejer wurden seit Servius Tullius zwar als Staatsbürger anerkannt, ihre Rechte waren jedoch beschränkt, insbesondere war ihnen die Möglichkeit, Konsuln zu werden oder in die Priesterkollegien einzutreten, versagt.

In Streitfällen mit Patriziern empfanden sie die mangelnde Gleichberechtigung schwer. Das Recht war nicht geschrieben (unten § 31) und wegen seiner Verbindung mit dem fas nur den patrizischen pontifices bekannt. Den Prozeß leitete der patrizische Konsul (unten § 8 a), die Plebejer glaubten sich daher der patrizischen Willkür völlig preisgegeben. Ebenso empörten sie sich gegen das umfassende, den Konsuln in Strafsachen zustehende imperium, dessen Ausübung nicht immer durch rechtzeitige Interzession seitens eines Volkstribunen gehindert werden konnte.

Dem hiernach begreiflichen Verlangen der Plebejer nach geschriebenen Gesetzen und gesetzlicher Umgrenzung der Konsulargewalt gab ein Antrag des Volkstribunen C. Terentilius Arsa (462 v. Chr.) Ausdruck: Ut quinqueviri creentur legibus de imperio consulari scribundis. Erst zehn Jahre später (452) ging der Antrag mit der Änderung durch, daß decemviri consulari imperio legibus scribundis gewählt werden sollten. Schon vorher hatte die lex Aternia Tarpeia (454 v. Chr.) die Konsulargewalt durch Feststellung des zulässigen Höchstbetrages der konsu-

larischen Vermögensbußen (multae) auf 2 Schafe und 30 Rinder beschränkt[5]).

Nachdem eine von dem Epheser Hermodorus geführte, zwecks Kenntnisnahme der Solonischen Gesetzgebung nach Athen gesandte Abordnung zurückgekehrt war, wurden 451 v. Chr. die Dezemvirn gewählt — ausschließlich Patrizier, an der Spitze Appius Claudius —, welche noch im selben Jahre die Hauptgrundsätze des öffentlichen und privaten Gewohnheitsrechts auf 10 Tafeln niederschrieben. Während ihrer Amtsdauer war sowohl die provocatio ad populum als die tribunizische Gewalt aufgehoben. Da Ergänzungen erforderlich erschienen, wurden 450 v. Chr. neue Dezemvirn — darunter wieder Appius Claudius, außerdem Spurius Oppius und auch drei Plebejer — gewählt. Diese stellten noch 2 Ergänzungstafeln zusammen, von Cicero wegen des in ihnen enthaltenen Eheverbots zwischen Patriziern und Plebejern „tabulae iniquarum legum" genannt. — Die 12 Tafeln wurden nach Bestätigung seitens des Senats und Annahme durch die Centuriatkomitien als lex duodecim tabularum, meist „lex" schlechthin genannt, in Kupfer (nach Pomponius in Elfenbein) auf dem Forum aufgestellt[6]). Diese Originaltafeln sind im gallischen Brande 390 v. Chr. vernichtet worden. Auch von den erneuerten Tafeln ist nichts im Original erhalten, ebensowenig ist irgend eine zusammenhängende Abschrift überliefert. Über den Inhalt der 12 Tafeln vgl. unten § 16 d.

---

[5]) Multae wurden die wegen Ordnungswidrigkeit und Polizeivergehen verhängten Bußen genannt, weil sie in einer bestimmten Vielheit von Schafen oder Rindern, die an den Staat entrichtet werden mußten, bestanden.

[6]) Pro rostris, ut possint leges apertius percipi (D. 1, 2, 2, 4). Die Bezeichnung Rostra = Rednerbühne stammt daher, daß nach der Zerstörung von Antium 337 v. Chr. die Schnäbel der eroberten Schiffe auf der Rednertribüne des Forums aufgestellt wurden.

II. Periode: Bis zum Ende der Republik (450—31 v. Chr.).

§ 4. Allgemeine Übersicht über die Entwickelung.

a. Bis zur Ausgleichung der Stände (287 v. Chr.).

Die Dezemvirn hatten ihr Amt rechtswidrig auch für das Jahr 449 v. Chr. behalten. Das durch ihre Gewalttaten (Prozeß der Virginia, unten § 16 d, Ermordung des Volkstribunen Siccius Dentatus) erregte Volk besetzte den Aventin (zweite secessio plebis) und erzwang die Wiederherstellung der Verfassung, welche befestigt wurde durch die leges Valeriae Horatiae (448 v. Chr.):

1. Ne quis ullum magistratum sine provocatione crearet, qui creasset, eum ius fasque (menschliches und göttliches Recht) esset occīdi.

2. Ut qui tribunis plebis, aedilibus, iudicibus, decemviris nocuisset, eius caput Iovi sacrum esset.

3. Ut quod tributim plebs iussisset, populum teneret [1]).

Nach Wiederherstellung der Ruhe begann der Ständekampf, d. h. der Kampf der Plebejer mit den Patriziern um die bürgerliche und staatsbürgerliche Gleichberechtigung.

Zuerst wurde das in einer der beiden Nachtragstafeln enthaltene Verbot der Ehe zwischen den beiden Ständen beseitigt durch die lex Canuleia 445 v. Chr.: ut connubia plebei cum patribus essent. Gleichzeitig beantragte der Volkstribun Canulejus die Zulassung der Plebejer zum Konsulat. Infolge eines Vergleichs wurde 444 eine neue, beiden Ständen zugängliche Würde, das Konsulartribunat, geschaffen (tribuni militum consulari imperio), welches nach jedesmaliger Bestimmung des Senats mit dem den Patriziern vorbehaltenen Konsulat abwechseln sollte.

---

[1]) Vgl. über die Bedeutung dieses durch die lex Publilia Philonis (339) und Hortensia (287) wiederholten Satzes S. 65.

Gleichzeitig wurde vom Konsulat eine neue (bis 351 ausschließlich patrizische) Würde, die Zensur, abgetrennt. Errungen wurde die Befähigung zum Konsulate von den Plebejern durch das dritte der von den Volkstribunen C. Licinius Stolo und L. Sextius Lateranus durchgesetzten leges Liciniae Sextiae (367 v. Chr.):

1. Ut deducto eo de capite (Kapital), quod usuris pernumeratum esset, id quod superesset, triennio aequis portionibus persolveretur.

2. Ne quis plus quingenta iugera agri publici possideret.

3. Ne tribunorum militum comitia fierent consulumque utique alter ex plebe crearetur.

Um der Zulassung der Plebejer zum Konsulat einen Teil der Wirkung zu nehmen, wurde 367 als neue (jedoch nur bis 337 patrizische) Würde die für die ganze fernere Rechtsentwickelung bedeutungsvolle Prätur geschaffen; daneben die kuruliſche Ädilität (unten § 8 b u. e).

In rascher Folge eroberten nunmehr die Plebejer alle Ämter. L. Sextius Lateranus, Amtskollege des Stolo, wird 366 erster plebejischer Konsul, C. Marcius Rutilus 356 erster plebejischer Diktator, 351 derselbe Censor. 337 wird Q. Publilius Philo erster plebejischer Prätor. Er setzt während einer ihm übertragenen Diktatur die Leges Publiliae (339 v. Chr.) durch:

1. Ut plebiscita omnes Quirites tenerent (S. 65).

2. Ut legum quae centuriatis comitiis ferrentur patres ante initum suffragium auctores fierent (S. 65).

3. Ut alter utique ex plebe censor crearetur.

Die lex Ovinia (312?) gewährt den Plebejern den Eintritt in den Senat, die lex Ogulnia (300) die Zulassung zu den Priesterkollegien (Tiberius Coruncanius 254 erster plebejischer pontifex maximus). Mit einer lex Hortensia (287), welche nach der letzten secessio plebis in Ianiculum von neuem bestimmt: ut plebiscita universum populum tenerent, ist der Ständekampf beendet.

Vorbehalten bleiben den Patriziern die aus der Zugehörigkeit zu einer gens sich ergebenden Rechte (Erbrecht,

Vormundschaft) und das Recht, rex sacrorum und interrex (S. 76) zu werden. Zweifelhaft ist, ob die Plebejer je in die patrizischen Reitercenturien (sex suffragia S. 60) und in die Kuriatkomitien gelangt sind.

Andererseits haben die Plebejer ausschließlich das Recht zur Bekleidung des Volkstribunats. Deshalb findet zuweilen (Clodius) eine transitio ad plebem in der Weise statt, daß ein Patrizier sich von einem Plebejer arrogieren läßt. Das Umgekehrte kommt zur Zeit der Republik nicht vor. In der Kaiserzeit wird die Erhebung in den Patriziat häufig.

b. Bis zur Alleinherrschaft Octavians (31 v. Chr.).

Die eingetretene Gleichberechtigung zu den höheren Ämtern kam tatsächlich nur den vornehmsten plebejischen Familien zu gute. Diese verschmolzen bald mit den Patriziern zu einem neuen Stande, einem Amtsadel (nobilitas, optimates). Ihm gehörten die patrizischen und diejenigen plebejischen Familien an, deren Mitglieder die hohen Staatsämter zu bekleiden pflegten. Für einen nicht aus einer solchen Familie stammenden Plebejer (homo novus, Cicero) war die Erlangung eines solchen Amtes zwar rechtlich möglich, tatsächlich jedoch sehr erschwert.

Die zur nobilitas gehörenden Familien haben das ius imaginum, d. h. das Recht, Wachsmasken verstorbener Vorfahren im atrium (Halle) aufzustellen und im Leichenzuge mitzuführen[2]).

In der nobilitas nehmen wieder diejenigen Familien eine bevorzugte Stellung ein, deren Häupter Senatoren sind. Aus ihnen bildete sich allmählich der ordo senatorius. Dieser Stand ist durch Ehrenrechte ausgezeichnet (tunica laticlavia, d. h. Untergewand mit breitem Purpursaume, calceus senatorius, d. h. roter Schuh, Sitze in der orchestra bei den ludi); auch werden bis zur lex Sempronia (S. 57)

[2]) Die imagines befanden sich in Behältern, welche durch gemalte Linien verbunden und mit Aufschriften versehen, den Familienstammbaum (stemma) darstellten.

die iudices ausschließlich dem ordo senatorius entnommen. Andererseits sind die Senatoren auch Beschränkungen unterworfen: eine lex Claudia (218 v. Chr.) verbietet ihnen den Erwerb durch Seeschiffahrt, wie überhaupt der Betrieb von Erwerbsgeschäften, insbesondere die Pachtung der öffentlichen Einkünfte, vectigalia publica (S. 78[4]), als nicht standesgemäß gilt; ferner wird die Ehe eines Senators mit einer Freigelassenen als unschicklich angesehen.

Die optimates rissen allmählich alle Ämter an sich und bildeten, da sie auch den Senat gänzlich beherrschten, im zweiten Jahrhundert v. Chr. eine völlige Oligarchie. Gegen ihre Macht richteten sich die Bestrebungen der genialen Führer der Volksmasse (populares), des Tiberius und des Gajus Sempronius Gracchus, welche in des ersteren lex agraria (133 v. Chr., unten § 16[4]) und in des letzteren lex Sempronia iudiciaria (122 v. Chr., unten § 33 b 2) zum schärfsten Ausdrucke gelangten.

Seit der eben genannten lex sondert sich von der dem ordo senatorius gegenüberstehenden Volksmasse eine Gesellschaftsklasse ab, welche bald einen selbständigen Stand bildet: ordo equester. Equites sind ursprünglich die durch ihr Vermögen zum Dienst in den Reitercenturien berufenen Bürger. Die lex Sempronia iudiciaria überträgt die den Senatoren entzogenen Richterstellen, insbesondere in den quaestiones perpetuae (§§ 33 b 2, 34 b 1 β), diesen equites. Von nun an rechnet man zum ordo equester alle Personen, die mit einem Vermögen von mehr als 400000 Sesterzen (S. 60[1]) zum Census herangezogen sind. Zum ordo equester zählen also die Reichen, soweit sie nicht dem ordo senatorius angehören. Dieser bildet den Amtsadel, jener die Geldaristokratie, deren Mitglieder ihr Vermögen durch Erwerbsgeschäfte, besonders durch gemeinsame Pachtung der Staatseinkünfte (societas publicanorum, S. 78[4]), außerordentlich vermehren.

Die Ritter erhalten bald auch einzelne Vorzugsrechte: das Recht zum Tragen des annulus aureus und der tunica angusticlavia (Unterkleid mit schmalem Purpursaum), sowie das ius sedendi in quatuordecim ordinibus (das Recht,

bei den ludi die ersten 14 Sitzreihen hinter der orchestra, den Sitzen der Senatoren, einzunehmen).[5])

Den beiden bevorzugten Gesellschaftsklassen (honestiores, uterque ordo) steht das Volk (plebeii, humiliores, tenuiores) gegenüber. Über die politischen Abstufungen vgl. unten § 37.

Nach der Ermordung des C. Gracchus (121) wurde die Herrschaft der Optimaten und des Senats wiederhergestellt, bald aber von neuem durch den auf die populares sich stützenden Marius (100 v. Chr.) geschwächt. Auf Marius ist auch diejenige Verfassungsänderung zurückzuführen, welche den Schlüssel zu den politischen Ereignissen des letzten Jahrhunderts der Republik gewährt: die Ersetzung des Bürgerheers durch Söldnerheere.

Der Optimatenpartei erstand ein neuer Führer in L. Cornelius Sulla. Nach Beendigung des Bürgerkriegs (88—82) wurde Sulla durch eine lex Valeria (82) zum Diktator legibus scribundis et reipublicae constituendae mit zeitlich und sachlich unbeschränkter Macht ernannt. Er stellte nach Ächtung der Führer der populares die Macht des Senats und der Optimatenpartei durch eine Reihe von Gesetzen (leges Corneliae) wieder her. Insbesondere wurden den Senatoren die Richterstellen wieder übertragen (unten § 33 b 2), der Eintritt in den Senat wurde an die Bekleidung der Quästur geknüpft, den Tribunen der Mißbrauch des Interzessionsrechts und die Einbringung von Gesetzesvorschlägen ohne vorgängige Genehmigung des Senats untersagt.

Der durch die Neuerungen des Sulla geschaffene Zustand war jedoch nicht von langer Dauer. Es begann die Zeit der Militärherrschaften: zunächst des Pompejus (67 v. Chr.), dann der ersten Triumvirn (Pompejus, Cäsar, Crassus,

---

[5]) Zu einem besonderen Stande zwischen dem ordo equester und dem Volke scheinen sich auch die tribuni aerarii ausgebildet zu haben. Diese sind mit Auszahlung des Soldes an die in das Feld rückenden Bürger betraute Beamte. Mommsen hält sie für identisch mit den curatores tribuum, den Vorstehern der örtlichen Tribus, denen die Soldzahlung ursprünglich obgelegen habe.

60 v. Chr.), bis endlich Cäsar nach Besiegung des Pompejus bei Pharsälus (48 v. Chr.) unter äußerlicher Erhaltung der Verfassung sich 44 v. Chr. gleichzeitig zum Diktator auf Lebenszeit, Konsul und Tribunen ernennen ließ und damit tatsächlich die Monarchie schuf. Nach seiner Ermordung (Iden des März 44) trat der Senat für kurze Zeit wieder leitend an die Spitze des Staats, bald kam die Staatsgewalt jedoch an die zweiten Triumvirn (Antonius, Octavian, Lepidus, 43 v. Chr.), bis nach der Seeschlacht von Actium (31 v. Chr.) Octavian eine dauernde Alleinherrschaft begründete (S. 83).

§ 5. Die Komitien.

a. Zusammensetzung.

Unter den Volksversammlungen Roms sind die contiones von den comitia zu trennen. Contiones sind unförmliche, der Auspizien nicht bedürfende, ungeordnete Versammlungen von Bürgern zur Besprechung öffentlicher Angelegenheiten, zB. eines Gesetzesvorschlags. Die staatsbürgerlichen Rechte übt das Volk dagegen in förmlichen Versammlungen aus, in denen die Bürger nach politischen Abteilungen gegliedert erscheinen. Je nachdem diese Gliederung nach Kurien, nach der Heereseinteilung (Centurien) oder nach örtlichen Tribus geschieht, unterscheidet man comitia curiata, centuriata und tributa.

1. Die comitia curiata sind die Versammlungen des patrizischen populus nach den 30 curiae, den Unterabteilungen der Stammtribus (S. 48).

2. Die comitia centuriata gründen sich auf die von Servius Tullius zwecks der Besteuerung und der Heranziehung zum Militärdienste vorgenommene Einteilung aller Bürger in 193 Centurien (ursprünglich Hundertschaften, centumviriae, dann bloße Stimmkörper). Das angesessene Volk (assidui) zerfällt nach dem Vermögen in 5 Klassen, deren jede eine Anzahl von centuriae umfaßt; die erste

Klasse (100000 asses)[1]) ist in 80, die zweite (75000 asses) in 20, die dritte (50000 asses) in 20, die vierte (25000 asses) in 20, die fünfte (12500 asses) in 30 Centurien geteilt. Aus den Bürgern der ersten Klasse (classici)[2]) werden noch 18 Reitercenturien entnommen, von denen 6 (die sex suffragia) ausschließlich den Patriziern vorbehalten sind. Zwischen der ersten und der zweiten

[1]) As ist die römische Einheitsmünze. Die ältesten Asse waren Pfundasse (as libralis, aes grave), Stücke von $^5/_6$ römischen Pfund (327 Gramm) aus Bronze (Kupfer und Zinn). Das as zerfiel in 12 unciae. Die Römer liebten es, ein Ganzes mit dem Worte as zu bezeichnen und die Teile des as für entsprechende Teile des Ganzen zu verwenden (uncia $^1/_{12}$, sextans $^2/_{12} = ^1/_6$, quadrans $^3/_{12} = ^1/_4$, triens $^4/_{12} = ^1/_3$, quincunx $^5/_{12}$, semis $^6/_{12} = ^1/_2$, septunx $^7/_{12}$, bessis oder bes $^8/_{12} = ^2/_3$, dodrans $^9/_{12} = ^3/_4$, dextans oder decunx $^{10}/_{12} = ^5/_6$, deunx $^{11}/_{12}$, as $^{12}/_{12}$), z. B. heres ex asse, Universalerbe, heres ex uncia, Erbe zu $^1/_{12}$ (I. 2, 14, 5, D. 28, 5, 50, 2). In späterer Zeit wurde das Gewicht des As auf 4 Unzen (asses trientarii), später auf 2 Unzen (asses sextantarii), dann auf 1 (asses unciarii), endlich auf $^1/_2$ Unze (asses semunciarii) herabgesetzt. In den oben angegebenen Minimalsätzen für die Klassen sind die Asse Sextantarasse. In Libralasse würden die Abstufungen 20000, 15000, 10000, 5000, 2500 sein und, bei Annahme eines iugerum zu 1000 Libralasse, einem Grundbesitze von 20, 15, 10, 5, $2^1/_2$ iugera entsprechen. Wahrscheinlich hat für die Censuseinteilung ursprünglich der Grundbesitz als Maßstab gedient. Seit dem Jahre 269 v. Chr. wurden auch Silbermünzen geprägt, Denare und Sesterzen. Ein Silberdenar hatte 10 asses, der Sesterz, nummus schlechthin genannt, $2^1/_2$ asses (etwa 15 Pfennige). Sestertius kommt von semis tertius, drittehalb; abgekürzt wird er mit *HS* bezeichnet, entstanden aus *IIS* = duo et semis. Steht in den Quellen eine Kardinalzahl, so sind „tausende Sesterzen" zu ergänzen, also centum dato = 100000 *HS*; steht ein Numeraladverbium, so sind „hunderttausende Sesterzen" gemeint, also quater *HS* = 400000 Sesterzen. Goldmünzen erschienen zuerst um 200 v. Chr. Seit Cäsar wurden sie nach dem Goldgewicht geprägt. Ein aureus war $^1/_{40}$ Pfund Gold. Konstantin ließ eine Goldmünze, solidus, zu $^1/_{72}$ Pfund ausprägen, dem 24 Silbersiliquae entsprechen. Die deutsche Praxis hat bei der Rezeption an Stelle des solidus den Reichsdukaten gesetzt und das Reichsgericht den Betrag von 500 solidi, über welchen hinaus bei der Schenkung gerichtliche Form („Insinuation") vorgeschrieben ist (unten § 92 b), also von 500 Reichsdukaten, auf $4666^2/_3$ Mark angenommen.

[2]) Den classici gegenüber heißen die den übrigen Klassen Angehörenden „infra classem".

Klasse stehen 2 centuriae fabrorum: tignarii (Zimmerleute) und ferrarii (Schmiede), sowie 2 Centurien cornicines (Hornbläser) und tubicines (Trompeter). Endlich werden die nicht angesessenen Tagelöhner, Krämer, Freigelassenen (proletarii)[3]) zu einer centuria capite censorum vereinigt. Jede der Klassen enthält gleichviel Centurien iuniores, 17—46 Jahr Alte, für den Felddienst und seniores, 47—60 Jahr Alte, für den Besatzungsdienst.

Diese Centurieneinteilung beruht auf dem Gedanken, die Größe der Teilnahme an den politischen Rechten nach der Höhe der Leistungen für das Gemeinwohl zu bestimmen. Je höher die Klasse, desto höher ist der tributus (S. 63) und desto teurer die von dem Einzelnen zu stellende Kriegsausrüstung. Um so geringer ist aber andererseits die Zahl derjenigen, welche eine Centurie ausmachen; desto mehr fällt also die Stimme des Einzelnen ins Gewicht[4]).

Die Verteilung der Bürger auf die einzelnen Klassen geschieht durch den Censor gelegentlich des quinto quoque anno, also alle 5 (früher alle 4) Jahre stattfindenden Census. Den Schluß des Census bildet ein Reinigungsopfer (lustrum), nach welchem der Zeitraum von 5 Jahren ebenfalls „lustrum" benannt wird. Der Census ist zugleich Volkszählung und Vermögenseinschätzung nach dem Systeme der Selbsteinschätzung (also wie heute in Preußen). Ursprünglich unterliegt ihm jedenfalls nur die familia[5]) im

[3]) Personen, die nur eine proles, Nachkommenschaft, kein steuerpflichtiges Besitztum beim Census angeben, also „Kindererzeuger". Manche leiten proletarii von pro und letum (Tod) her, weil aus ihnen die Ersatzmannschaft genommen wurde.

[4]) Ein ähnliches („plutokratisches") Prinzip gilt für die Abgeordnetenwahlen in Preußen gemäß der Verordnung vom 30. Mai 1849 (Dreiklassenwahlsystem); vgl. D. § 23[II].

[5]) Familia im weiteren Sinn umfaßt alle der hausherrlichen Gewalt eines Menschen unterworfenen Personen und Sachen, im engern Sinne die oben aufgeführten Sachen, also das altitalische Bauerngut mit seinen wesentlichen Zubehörungen. Alle sonstigen Vermögensstücke, insbesondere das Herdenvieh, welches nicht zum Betriebe des Guts dient, werden als „pecunia" (von pecus) der „familia" entgegengestellt; das Gesamtvermögen wird als familia pecuniaque

engeren Sinne, d. h. der fundus Italicus, Rustikalservituten (iter, actus, via, aquaeductus), Sklaven und die animalia quae collo dorsove domantur, später das gesamte Vermögen [6]).

3. Die comitia tributa sind Versammlungen des Volks nach örtlichen Tribus. Zu den von Servius Tullius bestimmten 15 tribus rusticae kamen bis zum Jahre 241 v. Chr. mit der Erweiterung des Staatsgebiets 16 neue hinzu, so daß nunmehr die Gesamtzahl der Tribus 35 betrug (4 tribus urbanae, 31 tribus rusticae). Die später

---

bezeichnet. Später werden beide Ausdrücke auch einzeln für Vermögen gebraucht. Familia bedeutet auch die Familie im heutigen Sinne, zuweilen auch die Gesamtheit der Sklaven, D. 50, 16, 195. Die „familia" im obigen Sinn ist privatrechtlich insofern von Bedeutung, als die dem Census unterliegenden Sachen „res mancĭpi" (oder mancipii) sind, d. h. wegen des obwaltenden öffentlichen Interesses nur durch einen öffentlichen Akt (mancipatio oder in iure cessio, unten § 31) zu Eigentum übertragen werden können, während für die übrigen Sachen (res nec mancĭpi) eine formlose Übergabe (traditio) genügt; vgl. unten §§ 40 c, 120 b 1, 122 a 1.

[6]) Die Centurieneinteilung hat später Veränderungen erlitten. Zunächst scheinen in der centuria capite censorum Abstufungen eingetreten zu sein, dergestalt, daß aus den zu mehr als 4000 As Eingeschätzten eine centuria accensorum gebildet wurde, während die Ärmeren in eine besondere centuria proletariorum eingereiht wurden. Diejenigen, welche nicht einmal 375 As im Vermögen hatten (capite censi), scheinen bis auf Marius überhaupt nicht zum Kriegsdienst herangezogen worden zu sein, hatten also jedenfalls in den Centuriatkomitien kein Stimmrecht, wahrscheinlich auch nicht in den Tributkomitien. — Ferner ist, wie Livius berichtet, „post expletas quinque et triginta tribus", also nach 241 v. Chr., eine Verbindung der Centurien mit den Tribus eingetreten. Wahrscheinlich wurde jede Tribus in die fünf Vermögensklassen und jedes so entstandene Tribusfünftel wieder in je eine centuria seniorum und iuniorum geteilt. Während also bisher die zu einer Centurie gehörenden Bürger den verschiedensten Tribus entstammten, setzte sich nunmehr jede der neuen 350 Centurien aus Bürgern derselben Tribus zusammen, wodurch eine engere Verbindung der Angehörigen der gleichen Centurie hergestellt wurde. So aufgefaßt, hätte die Reform einen demokratischen Charakter gehabt. Denn während bisher die 98 Centurien der classici, sofern sie einig waren, die absolute Majorität hatten, waren nunmehr nur 70 Centurien classici vorhanden, welche keinen entscheidenden Einfluß mehr ausüben konnten.

als Bürger aufgenommenen Völker wurden in diese 35 Tribus verteilt. Ursprünglich blieb jeder in derjenigen Tribus, welcher er durch seine Herkunft angehörte, d. h. in welcher sein Gewalthaber angesessen war. Uneheliche Kinder wurden in die städtische tribus Collina eingereiht. Erst Appius Claudius Cäcus[7]) führte als Censor (312 v. Chr.) Freizügigkeit ein, d. h. er reihte jeden Bürger in die von demselben gewählte Tribus ein, selbst die humillimi, d. h. die Freigelassenen, welche bis dahin vermutlich überhaupt nicht in die Tribuslisten eingeschrieben waren. Diese überstürzte Reform, welche nach Livius forum et campum corrupit, räumte der „forensis turba" der humillimi einen so gewaltigen Einfluß ein, daß die Censoren des Jahres 304 v. Chr. (Qu. Fabius Maximus Rullianus und P. Decius) sich genötigt sahen, die Zulassung der libertini auf die 4 tribus urbanae zu beschränken, welche von nun an als weniger vornehm galten, als die tribus rusticae.

Auf Grund der von Tribusvorstehern, curatores tribuum, tribuni aerarii, aufgestellten Listen der tribules werden die Censuslisten gebildet, sodaß die Aufnahme in eine Tribusliste Voraussetzung der Stimmfähigkeit sowohl in den Centuriat- als in den Tributkomitien ist[8]).

Dieselben Listen sind auch maßgebend für die Festsetzung des tributus, einer außerordentlichen Kriegssteuer, welche gewöhnlich mit 1 vom Tausend (tributus simplex), in Zeiten der Not mit einem höheren Satz eingefordert wird. Seit 168 v. Chr. wurde infolge der Beute des III. macedonischen Krieges bis auf Diokletian ein tributus nur ein einziges Mal (43 v. Chr.) erhoben.

---

[7]) Einer der berühmtesten älteren Juristen, Erbauer der Via Appia und der Aqua Claudia, Erfinder des Buchstabens R., Urheber des von Flavius veröffentlichten ius Flavianum (unten § 31). Vgl. Pomponius (welcher ihn Centemmanus benennt) D. 1, 2, 2, 36.

[8]) Daher wurden auch die des Bürgerrechts durch den Censor verlustig erklärten und zu aerarii gemachten Bürger in der Tribusliste gestrichen (tribu movere) und in besondere Listen (tabulae Caeritum) eingetragen (unten § 37 c 2).

Unter den Tribusversammlungen des Volks muß man unterscheiden:

α. die comitia tributa im eigentlichen Sinne, d. h. Versammlungen des gesamten populus (Patrizier und Plebejer) nach örtlichen Tribus. Ihre Beschlüsse heißen populiscita.

β. Die concilia plebis, später gleichfalls comitia tributa genannt: Versammlungen der plebs, an welchen die Patrizier erst teilnahmen, nachdem durch die lex Hortensia die Geltung der plebeiscita für den ganzen populus festgestellt war (S. 65).

b. Zuständigkeit.

1. Die comitia curiata verlieren seit dem Inkrafttreten der Centuriatkomitien fast ihre ganze Zuständigkeit. Ihnen verbleibt nur die Erteilung der lex curiata de imperio an die in den Centuriatkomitien gewählten höheren Beamten, was bald zu einer Form herabsinkt, und die Mitwirkung bei gewissen Rechtsgeschäften sakraler Natur, nämlich der arrogatio (Annahme an Kindesstatt) und der Testamentserrichtung. Zu diesen Zwecken treten sie auf Berufung (calare) des pontifex maximus zusammen (daher comitia calata, testamentum calatis comitiis, unten § 31). Gegen Ende der Republik kommen an Stelle der patres nur noch 30 die ordnungsmäßige Ladung feststellende Liktoren und die pontifices zusammen, vor denen diese Rechtsgeschäfte vorgenommen werden.

2. Die comitia centuriata (iusta comitia, comitiatus maximus) sind die wahren Träger der Volkssouveränität. Sie sind zuständig: *α.* für die Beschlußfassung über Krieg und Frieden; *β.* für die Wahl der höheren Magistrate (Konsuln, Prätoren, Censoren); *γ.* für die Urteilsfällung de capite civis (S. 51 und unten § 34 b 1 *α* b); *δ.* für die Gesetzgebung (iussa populi, leges). Die Gesetze und die Wahlen der Centuriatkomitien bedurften ursprünglich der auctoritas patrum, d. h. der Bestätigung durch den Senat (nach Niebuhr durch die Kuriatkomitien).

Dieſes Erfordernis wurde beſeitigt: für die Geſetze durch die lex Publilia (339 v. Chr., S. 55), nach welcher die Beſtätigung des Senats vor der Abſtimmung zu erfolgen hatte, alſo zu einer leeren Form wurde, — für die Wahlen durch eine lex Maenia (nach 287 v. Chr.).

3. Die comitia tributa des geſamten populus, comitia leviora, ſind zuſtändig: *α.* für die Wahl der niederen Magiſtrate (kuruliſche Ädilen, Quäſtoren, vigintisexviri, S. 72); *β.* für die Berufung gegen Verhängung einer Vermögensſtrafe (multa) ſeitens eines nicht plebejiſchen Magiſtrats (§ 34 b 1 *α* b); *γ.* für die Geſetzgebung, und zwar ohne daß die Geſetze (populiscita) der Beſtätigung des Senats unterliegen[9]).

4. Die concilia plebis ſind zuſtändig: *α.* für die Wahl der Volkstribunen und plebejiſchen Ädilen (ſeit der lex Publilia Voleronis, 471 v. Chr.); *β.* für die Berufung gegen Verhängung einer Vermögensſtrafe (multa) durch einen plebejiſchen Beamten; *γ.* für die Geſetzgebung (plebeiscita). Urſprünglich wurden in den concilia plebis nur Angelegenheiten der plebs beſprochen; die Plebiszite[10]) waren für die Patrizier nur bindend, wenn a. der Senat vorher eingewilligt hatte und b. die Centuriatkomitien zuſtimmten. Durch 3 Geſetze (die lex Valeria Horatia 448, lex Publilia 339 und lex Hortensia 287 v. Chr.) ſoll ziemlich gleichlautend ausgeſprochen ſein, daß

---

[9]) So iſt zB. die lex Quinctia de aquaeductibus (39 v. Chr.) ein in patriziſch-plebejiſchen Tributkomitien zuſtande gekommenes populiscitum. Überhaupt benutzten die Magiſtrate ſpäter lieber die Tribut- als die formelleren Centuriatkomitien.

[10]) In der Gegenwart bezeichnet man mit „Plebiszit" einen durch allgemeine Abſtimmung erzielten Volksbeſchluß. Die Anhänger des Nationalitätsprinzips (S. 3) halten für jede Gebietsabtretung die Zuſtimmung der Bevölkerung mittels Plebiszits für erforderlich. So verpflichtete ſich zB. im Prager Frieden 1866 (D. § 22[5]) Preußen auf Einmiſchung Frankreichs, die nördlichen Diſtrikte von Schleswig an Dänemark abzutreten, ſofern deren Bevölkerung durch freie Abſtimmung einen derartigen Wunſch zu erkennen geben würde. Dieſer Vorbehalt wurde im Einverſtändniſſe mit Öſterreich 1878 beſeitigt.

die Plebiszite für das ganze Volk maßgebend seien. Über die Bedeutung dieser 3 Gesetze herrscht Streit.

c. Geschäftsordnung.

1. Ort. Die Kuriatkomitien treten auf dem comitium[11]), die Centuriatkomitien auf dem campus Martius zusammen; für die Tributkomitien wechselt der Versammlungsort (Forum, Kapitol, Marsfeld).

2. Zeit. Die Abhaltung der Komitien ist nur an bestimmten, im römischen Kalender mit C (= dies comitialis) bezeichneten Tagen zulässig.

Ganz unbrauchbar sind die dies nefasti, die von den pontifices aus religiösen oder politischen Gründen für unheilig erklärten Tage, an welchen kein öffentliches Geschäft (also auch kein lege agere, Verhandeln in iure, unten § 31) stattfinden darf. Unbrauchbar sind wegen des frühzeitigen Beginns der Komitien auch die dies intercisi, d. h. Tage, an welchen nur zu gewissen Stunden um die Mitte des Tages öffentliche Geschäfte vorgenommen werden dürfen. Von den dies fasti scheiden wieder die Kalenden, Nonen, Iden und die nächsten auf dieselben folgenden Tage (dies postriduani) aus, weil diese vorzugsweise für Gerichtsverhandlungen bestimmt sind, außerdem die feriae, die allgemeinen Feiertage, und die Tage der ludi. An Markttagen (nundinae)[12]) sind nur concilia plebis zulässig. Hiernach gibt es im ganzen nur 190 dies comitiales.

3. Recht zur Berufung. Die Kuriatkomitien werden von einem magistratus maior cum imperio (Konsul, Diktator, Prätor), sofern sie jedoch als comitia calata in Wirksamkeit treten sollen (S. 64), durch den pontifex maximus berufen.

Die Centuriatkomitien als exercitus urbanus können ebenfalls nur von einem magistratus maior cum imperio

---

[11]) Von coire; comitium bedeutet den zwischen Palatin und Quirinal gelegenen, später einen Teil des forum Romanum bildenden Platz, auf welchem Ramnes und Tities ursprünglich zusammenkamen.

[12]) Nundinus = nonus dies; vgl. unten § 55 b.

berufen werden. Will ein Tribun eine vor dieſe gehörende Kriminalanklage erheben, ſo hat er den Prätor um die Berufung zu erſuchen. Die comitia tributa (des Geſamtvolks) werden von den höheren Magiſtraten und, ſofern es ſich um Auferlegung einer Vermögensbuße (multae irrogatio) handelt, von den kuruliſchen Ädilen berufen. Die concilia plebis tributa können nur von den Volkstribunen und bei multae irrogatio von den plebejiſchen Ädilen berufen werden.

Zwiſchen dem Berufungstag und dem Tage der Komitien muß ein trinundinum (3 römiſche Wochen = 24 Tage) liegen, damit der bei der Berufung kundzugebende Gegenſtand der Beratung vorher in contiones (S. 59) beſprochen werden kann (suasores, dissuasores; vgl. auch unten § 34 b 1 *a* b)[13]). In den comitia ſelbſt iſt jede Diskuſſion unzuläſſig.

4. Verlauf der Verſammlung. Vor Beginn der Komitien werden Auſpizien eingeholt, in ſpäterer Zeit ſelbſt bei den concilia plebis tributa. Sind dieſe günſtig, ſo ſtellt nach Eröffnung der comitia der dieſelbe leitende Beamte die rogatio, d. h. eine formelle, die Vorlage enthaltende Frage, mit den Worten: Velitis iubeatisne (Text der Vorlage mit ut oder Acc. cum Inf.); haec ita, ut dixi, vos Quirites rogo. Hierauf treten die Bürger unter Abgabe ihrer Stimme einzeln in umzäunte Abteilungen, (saepta, ovilia) ein, deren jede einen Stimmkörper (Curia, Centuria, Tribus) aufnimmt. Die Abſtimmung erfolgte urſprünglich mündlich; durch die leges tabellariae (lex Gabinia, 139 v. Chr., für die Wahlen, lex Cassia, 137 v. Chr., für die Urteilsfällung, lex Papiria, 131 v. Chr., für die Geſetze) wird geheime Abſtimmung per tabellas eingeführt. Tabellae ſind Wachstäfelchen, welche beſchrieben werden: bei Wahlen mit dem Namen des Kandidaten; bei

[13]) Für Geſetzesvorſchläge wurde dieſe promulgatio von neuem eingeſchärft durch die lex Caecilia Didia 98 v. Chr.; ähnlich heute HGB. §§ 255, 256 (Ankündigung der Verhandlungsgegenſtände bei Generalverſammlungen der Aktiengeſellſchaften).

Gesetzen mit U R, uti rogas, „ja" — oder A, antiquo (sc. legem), ich lasse es beim alten, „nein"; bei Urteilen mit A, absolvo, C, condemno, N L, non liquet (letzteres bestreitet Mommsen). Die Abstimmung jedes Stimmkörpers, innerhalb dessen absolute, bei Wahlen relative Mehrheit entscheidet, wird vom Vorsitzenden verkündet (renuntiatio).

In den Kuriat- und den Tributkomitien stimmen alle Kurien oder Tribus[14]) gleichzeitig. In den Centuriatkomitien hatten vor der Reform (S. 62[6]) die 18 centuriae equitum das Vorstimmrecht (centuriae praerogativae). Erst nach Verkündigung des in ihnen erzielten Ergebnisses stimmten die übrigen Centurien der ersten Klasse und so fort. Die Abstimmung wurde jedoch nur fortgesetzt, bis die rogatio die absolute Mehrheit (also von den 193 Centurienstimmen 97) für oder gegen sich hatte, sodaß bei Einigkeit der classici die Centurien infra classem überhaupt nicht mehr zum Stimmen gelangten. Mit der Reform ist das Vorzugsrecht der Rittercenturien fortgefallen. Der Vorsitzende lost nunmehr aus den 70 erstklassigen Centurien eine centuria praerogativa aus; nachdem deren Abstimmungsresultat verkündet ist, kommen sämtliche übrigen Centurien der Klassenfolge nach zur Abstimmung[15]), auch wenn bereits die Mehrheit erreicht ist.

§ 6. Der Senat.

a. Zusammensetzung.

Zu den 300 patrizischen Senatoren der Königszeit nahmen die ersten Konsuln Plebejer in den Senat auf. Daher die Anrede: patres [et] conscripti. Durch eine lex Ovinia (351? 312?) wurde die bis dahin von den

---

[14]) Bei Feststellung des Gesamtresultats wird eine Tribus ausgelost; diese (tribus quae principium fuit) und der Name desjenigen, der in ihr zuerst gestimmt hat, werden bei Gesetzen im Eingang erwähnt.

[15]) Die Versammlung kann resultatlos bleiben, wenn ein Volkstribun interzediert oder der zugezogene Augur schlechte Zeichen meldet (obnuntiatio).

Konsuln vorgenommene lectio senatus den Censoren mit der Anweisung übertragen: ut ex omni ordine optimum quemque iurati in senatum legerent. Ob mit „omnis ordo“ die Stände (Patrizier und Plebejer) oder die Klassen der gewesenen Magistrate gemeint sind, ist streitig. Jedenfalls werden seither in der in jedem lustrum neu zu bildenden Senatsliste zuerst die bisherigen Senatoren, dann die gewesenen Magistrate nach der üblichen Rangordnung (Konsuln, Prätoren, Censoren, kurulische Ädilen, später auch Tribunen und Quästoren) berücksichtigt. In der Senatsliste steht an erster Stelle der princeps senatus, der älteste der gewesenen Censoren. Zuletzt kommen die adlecti, d. h. vom Censor in den Senat gewählte Personen, welche Ämter noch nicht verwaltet haben[1]).

Die Zahl der Senatoren war bis Cäsar auf 1000 angewachsen, Augustus führte sie auf 600 zurück. Die aetas senatoria war zu Ende der Republik 28 Jahre (nämlich die aetas quaestoria). Der (erst von Augustus eingeführte) census senatorius betrug 800000, später eine Million Sesterzen.

b. Zuständigkeit.

Der Senat hat kein imperium; er kann daher nicht iubere, sondern nur consulere (Senatus Consultum — S C.).

Dem Namen nach bleibt auch während der zweiten Periode noch der ganze populus Träger der Souveränität, tatsächlich tritt aber der Senat, rechtlich ein bloßes Organ der Staatsgewalt, an seine Stelle. Besonders steht ihm die Leitung des Staats in der auswärtigen Politik (Senatus populusque Romanus — S P Q R), bei der Geschäftsverteilung und bezüglich der Verwendung der Staatsgelder zu. Über die Gesetzgebung des Senats ist später zu sprechen (unten § 17).

[1]) Diese adlecti, magistratibus curulibus nondum functi, hießen pedarii oder pedanei, entweder weil sie zu Fuß in den Senat gingen, oder weil sie nur pedibus in alienam sententiam eundo, d. h. ohne ihre Abstimmung begründen zu dürfen, stimmten.

c. Geschäftsordnung.

1. Die Berufung des Senats erfolgt seitens eines Konsuls oder Prätors, später auch eines Volkstribunen. Versammlungsort ist regelmäßig die das comitium von dem übrigen Teile des Forums abschließende curia hostilia. Regelmäßige Sitzungstage sind die Kalenden und Iden[2]), senatus legitimus, im Gegensatze zum senatus indictus (vgl. D. § 1 b 1: „ungebotenes und gebotenes Thing"). Die Senatssitzungen finden bei offenen Thüren, aber ohne Zulassung von Publikum statt. Nur praetextati (Senatorensöhne, welche die toga praetexta tragen dürfen) sind zwecks ihrer Ausbildung zugelassen[3]).

2. Gang der Versammlung. Die Sitzung beginnt mit dem Vortrag eines mit dem ius referendi ausgestatteten Magistrats über den zu beratenden Gegenstand. Dann erfolgt das sententias rogare und dicere seitens der zur Begründung ihrer Abstimmung berechtigten Mitglieder und unter Umständen bei Meinungsverschiedenheiten eine Erörterung (altercatio), endlich die Abstimmung durch Auseinandertreten (itio in partes, discessio). Der angenommene Vorschlag heißt senatus auctoritas und wird erst durch die Verkündigung des Ergebnisses seitens des leitenden Beamten, welche noch durch Interzession eines Volkstribunen gehindert werden kann, zum senatus consultum.

Das senatus consultum (zuweilen auch die senatus auctoritas) wird nach der Sitzung von dem leitenden Magistrat unter Zuziehung mehrerer Senatoren („scribendo adfuerunt") aufgezeichnet. Protokolle[4]) (acta diurna) werden erst von Cäsar eingeführt.

---

[2]) Die Iden fallen auf den 13., in den Monaten März, Mai, Juli, Oktober („Milmo") auf den 15. des Monats.

[3]) Vgl. ähnlich GVG. § 195: „Bei der Beratung und Abstimmung dürfen außer den zur Entscheidung berufenen Richtern nur die bei demselben Gerichte zu ihrer juristischen Ausbildung beschäftigten Personen zugegen sein, soweit der Vorsitzende deren Anwesenheit gestattet."

[4]) Πρωτόκολλον, von πρῶτος und κολλάω leimen, hieß nach justin. Recht das erste Blatt der zur Beurkundung notarieller Verhand-

Aufbewahrt werden die Senatsbeschlüsse im Tempel der Ceres unter Aufsicht der plebejischen Ädilen, später im aerarium unter Aufsicht der Quästoren.

§ 7. Die Staatsämter.

a. Begriff. Das Wort Amt wird in einer doppelten Bedeutung angewendet. Einmal bezeichnet es einen durch das öffentliche Recht festgestellten Kreis von öffentlichen Befugnissen und Pflichten (zB. „das Richteramt"), andererseits auch das diese Befugnisse ausübende Organ des Staats (zB. „das Standesamt").

In letzterem Sinn ist Amt gleichbedeutend mit Behörde. Die Mitglieder der Behörden heißen Beamte. Die Behörde ist eine dauernde Einrichtung, die Beamten können wechseln.

Der lateinische Ausdruck magistratus bedeutet sowohl das Amt als den Beamten. Dem magistratus im Sinne von öffentlichem Amt steht das munus publicum, die jedem Bürger obliegende Pflicht zu gewissen Leistungen (Vormundschaft, Geschworenendienst), gegenüber.

Bezeichnend für das römische Amt im Gegensatze zum modernen ist sein ehrenamtlicher Charakter. Dieser hat nachhaltig eingewirkt auf die Entwickelung der römischen Republik als einer Aristokratie. Denn begreiflicherweise konnten nur Bemittelte unbesoldet ihre Zeit — bei den höheren Ämtern auf mindestens 2 Jahre — in den Dienst der Gesamtheit stellen[1]). Andererseits hat die Unentgeltlich-

---

lungen ausschließlich zu verwendenden Papierrollen, deren Herstellung ein Monopol der kaiserlichen Papierfabriken war. Dies erste Blatt mußte den Namen des jeweiligen Finanzministers und das Datum der Herstellung der Rolle tragen (Nov. 44, 2). Heute nennt man die von einem Beamten (Richter, Notar, Gerichtsschreiber) aufgenommene Urkunde selbst „Protokoll" (vgl. zB. BGB. §§ 2240 ff., CPO. §§ 199 ff., StPO. §§ 271 ff., FrG. §§ 175 ff.)

[1]) Auch das moderne Verwaltungsrecht, besonders in England, kennt das unbesoldete Ehrenamt. Abgesehen von gewissen Garantien der Unabhängigkeit, die es bietet, stellt es auch die Form der Be-

keit des Amts auch die großen Ausschreitungen der Beamten, besonders die Erpressungen gegen die Provinzialen, gezeitigt.

b. Einteilung.

1. Magistratus maiores sind die Konsuln, Prätoren, Censoren und als magistratus extraordinarii Diktatoren, Interreges, Dezemvirn, Triumvirn. Sie werden in den Centuriatkomitien gewählt. Während ihrer Amtszeit können sie weder civilrechtlich noch strafrechtlich verfolgt werden[2]). Magistratus minores, welche in den Tributkomitien gewählt werden, sind die Quästoren, Ädilen und eine Anzahl von Beamten, die mit der Bezeichnung vigintisexviri zusammengefaßt werden, darunter das Richterkollegium der decemviri [st]litibus iudicandis.

2. Magistratus curules sind diejenigen Beamten, welche bei Ausübung ihres Amts auf der sella curulis (einem Elfenbeinstuhle mit Riemengeflecht ohne Rücken- und Seitenlehne) zu sitzen berechtigt sind. Dies sind die magistratus maiores und die kuruliſchen Ädilen, welche deshalb mit dem Ausdruck „kuruliſche Beamte" zusammengefaßt werden.

c. Wählbarkeit. Fähig zur Bekleidung von Staatsämtern sind nur männliche, wehrfähige Vollbürger; ausgeschlossen sind Freigelassene, Tagelöhner, Infame (S. 77[3]). Der Kandidat (candidatus von der weißen Toga, die er zu tragen pflegte) muß ein trinundinum vor der Wahl sich melden. Durch die lex Villia annalis (180 v. Chr.) wird festgesetzt, daß die Ämter in bestimmter Reihenfolge zu bekleiden sind, zuerst die Quästur nach 10jährigem Kriegsdienst, also frühestens mit 28, die Prätur mit 40, das Konsulat mit 43 Jahren.

---

teiligung des Volks an der staatlichen Verwaltung dar: Selbstverwaltung im eigentlichen, von England überkommenen Sinne (Friedensrichter). Vgl. S. 81[1] über eine andere den gleichen Namen führende Einrichtung (Verwaltung der Kommunen durch eigene Organe).

[2]) Über eine ähnliche die Abgeordneten vor Strafverfolgung schützende Bestimmung der RV. Art. 31 vgl. D. § 23 g 4.

Sofortige Wiederwahl (continuatio magistratus) ist nur bei Tribunen möglich. Häufig werden aber gewesene Konsuln und Prätoren pro magistratu verwendet, insbesondere später zur Verwaltung der Provinzen (S. 82). Dagegen ist nach Ablauf einer gewissen Zeit iteratio bei allen Ämtern zulässig[3]).

d. Die Amtsgewalt ist imperium oder potestas. Imperium ist die höchste amtliche Machtvollkommenheit, welche nur insoweit eingeengt ist, als verfassungsmäßige Schranken vorhanden sind; potestas dagegen ist eine nur auf gewisse Befugnisse sich erstreckende, von vornherein genau umschriebene mindere Gewalt.

1. Das imperium kann umfassen: α. das imperium militare, β. das imperium merum sive gladii potestas, d. h. die Gerichtsbarkeit in Strafsachen, γ. das imperium mixtum (sc. cum iurisdictione), d. h. eine magistratische Vollstreckungs- und Befehlsgewalt, δ. die iurisdictio, d. h. die Rechtspflege. Diese kann wieder sein (unten § 32):

a. iurisdictio contentiosa, Rechtsprechung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten; und

b. iurisdictio voluntaria oder legisactio, magistratische Mitwirkung bei der Begründung, Veränderung und Aufhebung von Rechtsverhältnissen[4]).

---

[3]) Unstatthaft ist die gleichzeitige Bekleidung zweier ständiger Ämter. Heute spricht man bei der Unvereinbarkeit mehrerer Ämter in einer Person von „Inkompatibilität" (vgl. zB. D. § 23 g 4, RB. Art. 9 und PrVU. Art. 78 Abs. 4).

[4]) Der Magistrat übt der Regel nach die Jurisdiktion selbst aus, iurisdictio ordinaria. Er ist aber auch befugt, die Ausübung derselben entweder allgemein, iurisdictio mandata, oder für einen einzelnen Fall, iurisdictio delegata, einem Andern zu übertragen (über die Bedeutung dieser Begriffe im Kirchenrechte vgl. D. § 30[4]). Nicht übertragbar ist die durch das imperium merum und durch besondere Gesetze verliehene Gewalt, zB. die Obervormundschaft (D. 1, 21, 1, pr.). Nach heutigem Staatsrechte hat jeder Beamte seine Amtspflichten persönlich zu erfüllen, kann also grundsätzlich nicht einem andern, wenn auch gleichbefähigten Beamten die Vornahme einer Amtshandlung übertragen, es sei denn, daß das Gesetz ihn hierzu ermächtigt; vgl. zB. AGGVG. § 2 (der Amtsrichter kann den ihm

Magistratus cum imperio waren, abgesehen von den außerordentlichen Beamten, anfänglich nur die Konsuln. Ihnen tritt 367 v. Chr. der Prätor an die Seite, dessen imperium militare jedoch ruht. Alle anderen Beamten, auch die zu den höheren Beamten zählenden Censoren, haben nur potestas. Eine Trennung der Gewalten, insbesondere eine scharfe Scheidung zwischen Justiz und Verwaltung (S. 10), hat in Rom nie bestanden.

2. Allen Beamten sind gewisse Befugnisse gewährt:

α. Das ius intercedendi gegen Amtshandlungen von gleichgestellten oder untergeordneten Beamten; den Volkstribunen steht dieses Recht gegen alle Beamten mit Ausnahme der außerordentlichen zu.

β. Das ius coercitionis, d. h. Zwangs- und Strafgewalt gegen die Person (ius prensionis) oder das Vermögen (pignoris capio, multae dictio), gegen welche römischen Bürgern (nicht aber den Weibern) in bestimmten Grenzen (vgl. auch unten § 34 b 1 *α* a) die Berufung an die Komitien freisteht[5]). Zwecks Ausführung seiner Befehle

---

zur Ausbildung überwiesenen Referendaren, die seit mindestens 2 Jahren im Vorbereitungsdienste beschäftigt sind, die Erledigung einzelner richterlicher Geschäfte übertragen, ausgenommen die Urteilsfällung, die Aufnahme letztwilliger Verfügungen, die Entscheidung über Durchsuchungen, Beschlagnahme und Verhaftungen sowie die Mitwirkung bei Bildung der Schöffen- und Schwurgerichte). Aus der Unzulässigkeit der eigenmächtigen Substituierung folgt regelmäßig, aber nicht immer, die Nichtigkeit der von dem Vertreter vorgenommenen Amtshandlung; vgl. zB. AGGVG. § 23 Abs. 2 (die Giltigkeit der Handlung eines Amtsrichters wird dadurch nicht berührt, daß die Handlung nach der Geschäftsverteilung von einem der anderen Amtsrichter vorzunehmen gewesen wäre).

[5]) Auch das moderne Recht muß den Beamten Straf- und Zwangsbefugnisse verleihen, um ihre gesetzmäßigen Befehle, insbesondere die von ihnen erlassenen Urteile, zur Durchführung zu bringen. In Strafsachen ist die Strafvollstreckung reichsgesetzlich der Anklagebehörde, der Staatsanwaltschaft (GVG. Tit. 10), übertragen (StPO. Buch 7), mit Ausnahme der amtsgerichtlichen Strafsachen (also vor allem der Schöffensachen), in denen die Strafvollstreckung gemäß StPO. § 483 Abs. 2 und 3 nicht der bei den Amtsgerichten bestehenden Anklagebehörde, den Amtsanwälten (GVG. § 143[3]), sondern den Amtsrichtern übertragen ist. Bei den Amtsgerichten liegt also Urteilsfällung

verfügt jeder Magistrat über Unterbeamte (apparitores), der magistratus cum imperio insbesondere über lictores[6]). Tritt interregnum ein, d. h. Fortfall aller magistratus cum imperio, so wählt der Senat aus seinen patrizischen

---

und Vollstreckung in Strafsachen derselben Person ob. Für die Civilsachen ist zur Durchführung der Zwangsvollstreckung (CPO. Buch 8) ein besonderes Organ, der Gerichtsvollzieher (GVG. Tit. 12), bestimmt, während vor dem 1. Oktober 1879, wenigstens in Preußen, der Richter durch Unterbeamte (Gerichtsdiener) die Zwangsvollstreckung veranlaßte. In bestimmten Fällen (vgl. zB. CPO. §§ 828 ff.: Zwangsvollstreckung in Forderungen, §§ 887 ff.: Bewirkung von Handlungen) erfolgt auch heute noch die Zwangsvollstreckung durch das Gericht.

Auch abgesehen von den Zwangsmitteln zur Durchführung der Urteile stehen den Gerichtsbehörden nach den Reichsjustizgesetzen Zwangsbefugnisse zu, so zB. gegen ungehorsame Zeugen und Sachverständige (CPO. §§ 380, 390, 409, StPO. §§ 50, 69, 77), gegen nicht erscheinende Angeklagte (StPO. § 229), zwecks Aufrechterhaltung der Sitzungspolizei (GVG. §§ 178 ff.).

Derartige Zwangsbefugnisse stehen auch den Verwaltungsbehörden bei Erfüllung der in ihrem Amte liegenden Aufgaben zu. Hierzu dienen ihnen die Polizeiverfügungen, durch welche sie eine bestimmte Handlung oder Unterlassung des Betroffenen verlangen, unter der Androhung einer Geld- oder Freiheitsstrafe oder der Ausführung durch einen Dritten auf Kosten des Betroffenen, sofern diese möglich ist.

Mit diesen Polizeiverfügungen zum Zwecke der Durchführung von Verwaltungsanordnungen gegen einzelne Personen sind nicht zu verwechseln:

a. die Polizeiverordnungen, d. h. Strafgesetze polizeilicher Natur, welche an sich ebenso wie andere Strafgesetze im Wege der Gesetzgebung erlassen werden müßten, deren Erlaß jedoch durch die Gesetzgebung allgemein gewissen Verwaltungsbehörden übertragen („delegiert") worden ist;

b. die polizeilichen Strafverfügungen, d. h. Straffestsetzungen der Polizeibehörden, wegen Übertretungen an Stelle der ordentlichen Gerichte auf Grund der ihnen durch EGStPO. § 6 Abs. 2° und StPO. §§ 453 ff. erteilten Ermächtigung.

[6]) Der Diktator hat 24, jeder Konsul 12, der Prätor 2 (außerhalb Roms 6) Liktoren, welche Rutenbündel (fasces) mit Beilen (secures) darin führen. Nur die Liktoren des Diktators dürfen die Beile auch in Rom führen; den übrigen ist deren Führung erst außerhalb der Provokationsgrenze (S. 51) gestattet. Im Gegensatze zu den ihr Amt als Ehrenamt verwaltenden Magistraten sind die apparitores besoldet.

Mitgliedern einen Interrex, welcher nach 5 Tagen einen anderen ernennt, und so fort, bis neue Konsuln vorhanden sind.

Der Magistrat kann abdanken (abdicatio); dagegen kann er nicht abgesetzt (abrogatio)[7]), wohl aber nachträglich zur Verantwortung vor das gewöhnliche Strafgericht gezogen werden.

§ 8. Die einzelnen Beamten.

a. Die Konsuln und Diktatoren. Die Konsuln haben das höchste imperium, sie können den Senat und die Komitien berufen und in ihnen Anträge stellen, ius referendi und ius cum populo agendi. Bis 153 v. Chr. treten sie ihr Amt an den Iden des März, später am 1. Januar an (ebenso die Prätoren und Ädilen, dagegen die Quästoren schon am 5. Dezember, unten S. 80). In Fällen der Not kann jeder Konsul einen Diktator ernennen (dictatorem dicere), welcher unter Suspension der Interzession und Provokation (unten § 34[4])[1]) ein summum imperium ausübt. Der Diktator ernennt als Hülfsbeamten einen magister equitum. Er muß nach Beseitigung der Gefahr, spätestens jedoch nach 6 Monaten sein Amt niederlegen. Nach 202 v. Chr. wird kein Diktator im ursprünglichen Sinne mehr ernannt. Der Senat erteilt das summum imperium nunmehr den Konsuln durch das senatus consultum ulti-

---

[7]) Auch im modernen konstitutionellen Staat ist die Absetzung eines Beamten an gesetzlich bestimmte Voraussetzungen geknüpft. Hierbei ist im Interesse einer unabhängigen Rechtspflege die Stellung der Richter in noch höherem Maße sichergestellt als die der Verwaltungsbeamten. Die Richter sind kraft Reichsgesetzes „inamovibel", von Veränderungen in der Organisation der Gerichte oder ihrer Bezirke abgesehen (GVG. § 8). Dagegen können die Verwaltungsbeamten, zu denen auch die Beamten der Staatsanwaltschaften gehören, im Interesse des Dienstes ohne weiteres versetzt und unter Gewährung eines Wartegelds einstweilen oder mit Pension dauernd in den Ruhestand versetzt werden.

[1]) Dies widerspricht nicht der lex Valeria Horatia (S. 54), da diese nur das „creare", nicht das „dicere" sine provocatione verbietet.

mum: videant consules, ne quid res publica detrimenti capiat.

b. Die Prätoren. Bei Annahme der Licinisch-Sextischen Gesetze 367 v. Chr. wurde die Prätur ins Leben gerufen. Der Prätor gilt als minor collega consulum[2]); seine provincia (Geschäftskreis) ist wesentlich die iurisdictio in Rom; er heißt deshalb praetor urbanus, qui inter cives ius dicit.

Daneben blieben auch die Konsuln, wenigstens für die freiwillige Gerichtsbarkeit, zuständig. Nach Eroberung Siziliens (247 v. Chr.) wird für Streitigkeiten zwischen Römern und Fremden ein zweiter Prätor gewählt, der praetor peregrinus, qui inter cives et peregrinos ius dicit. Mit der Vermehrung der Provinzen und der Übertragung des Vorsitzes in den ständigen Strafgerichtshöfen (vgl. unten §§ 33 b 1 β, 34 b 1 β b) an die Prätoren steigt deren Zahl bis auf 18 unter Nerva.

c. Die Censoren. Die Censur wurde 443 v. Chr. eingerichtet. Die potestas der beiden auf ein lustrum gewählten Censoren umfaßt:

1. Die Abhaltung des Census, S. 61.

2. Das magisterium (regimen) morum, d. h. die Überwachung der öffentlichen Sittlichkeit. Die censorische Rüge (nota) wird in der Censusliste vermerkt (subscriptio censoria) und hat je nach dem Stande des Betroffenen Ausstoßung aus dem Senat oder dem Ritterstande (vende equum!), Versetzung in eine niedrigere (städtische) Tribus (tribu movere) oder unter die aerarii (in tabulas Caeritum referre, s. u.) zur Folge[3]).

3. Die lectio senatus, S. 69.

4. Die Verwaltung des Staatsguts (Aufstellung des Staatshaushalts und Verwaltung des unbeweglichen und

---

[2]) Die Bezeichnung der consules als praetores hört von nun an auf.

[3]) Außer der durch nota censoria herbeigeführten ignominia gibt es eine Ehrenminderung durch infamia; vgl. hierüber unten § 38 b.

beweglichen Gemeindevermögens) und die Rechtsprechung in den hierbei entstehenden Prozessen[4]).

Seit Sulla hört, da der Tributus und der Census unpraktisch werden, die Censur tatsächlich auf.

d. Die Volkstribunen. Das Amt der Volkstribunen beruht auf dem nach der ersten secessio plebis 494 v. Chr. geschlossenen Ausgleiche. Die Volkstribunen, deren Zahl von 2 auf 5, später auf 10 wuchs, sind seit der lex Valeria Horatia (S. 54) besonders geschützt (sakrosankt). Seit der lex Publilia Voleronis 471 v. Chr. werden sie in den Tributkomitien gewählt. Ursprünglich nur Schutzbeamte der Plebs mit ius auxilii und intercedendi gegen alle Magistrate, ausgenommen den Diktator, gelten sie seit Beendigung des Ständekampfs als Beamte des ganzen Volks, können ihr ius auxilii also auch Patriziern zu teil werden lassen. Seit der lex Aternia Tarpeia 454 v. Chr. sind auch die Tribunen zwecks Durchführung ihrer Befehle zur Auferlegung einer Multa bis zum Höchstbetrage von 2 Schafen und 30 Rindern befugt; bei höheren Bußen

---

[4]) Insbesondere verpachteten die Censoren die Staatseinkünfte (deren Einziehung in Rom nicht unmittelbar durch den Staat erfolgte), verkauften das Staatseigentum und verdangen die Herstellung der öffentlichen Bauten (ultrotributa). Die Einziehung der direkten Steuern wurde gegen eine bestimmte an den Staat zu entrichtende Summe von societates publicanorum, meist aus dem Ritterstand, übernommen, von denen ein Genosse (manceps, redemtor) mit dem Staate den Vertrag abschließt und ihm praedibus praediisque, d. h. durch Bürgen und Grundstücke, Sicherheit leistet. Die Publikanengesellschaften lösen sich im Gegensatze zu sonstigen societates durch Ausscheiden einzelner Genossen nicht auf (wohl aber durch Fortfall des allein als Vertragsgegner des Staates geltenden manceps), und bei ihnen findet Übergang der Mitgliedschaft auf die Erben der Gesellschafter statt (vgl. D. 17, 2, 59, pr. und 63, 8). Man hat sie mit der heutigen Kommanditgesellschaft (HGB. §§ 161 ff.) verglichen.

Bei allen von den Censoren abgeschlossenen Geschäften werden formularmäßige Kaufbedingungen (leges contractus) zu Grunde gelegt. Die öffentlichen Verkäufe und Verdingungen erfolgen sub hasta, d. h. unter Aufpflanzen einer Lanze, des Zeichens unanfechtbaren, vom Staate gewährleisteten Erwerbs (davon „Subhastation" = gerichtlicher Verkauf).

findet Berufung an die concilia plebis statt (S. 64). Die letzteren treten auf ihren Ruf und unter ihrem Vorsitze zusammen (ius cum plebe agendi).

Während die Volkstribunen in früherer Zeit nur befugt waren, auf Einladung im Senate zu erscheinen, im übrigen aber an der Tür standen, um gegebenen Falls die Verkündung einer senatus auctoritas als Senatsschluß durch Interzession zu hindern, haben sie schließlich das Recht, den Senat zu berufen und Anträge zu stellen (ius referendi), sowie eine Anwartschaft auf die Aufnahme in den Senat nach Beendigung ihres Amts (S. 69).

e. Die Ädilen. Als Gehülfen der Volkstribunen wurden 494 v. Chr. 2 aediles plebis bestellt, benannt von den aedes Cereris, woselbst die für die Plebs wichtigen Verfassungsurkunden von ihnen verwahrt wurden. Neben sie traten seit 367 2 aediles curules, welche vor den plebejischen Ädilen außer der sella curulis, der toga praetexta und dem Recht auf Eintritt in den Senat noch eine gewisse iurisdictio voraus haben, nämlich die Rechtsprechung in Marktsachen, besonders bei Sklaven- und Viehkäufen[5]).

Allen Ädilen liegt die cura urbis, annonae ludorumque ob, d. h. die städtische Polizei, die Sorge für die Getreidezufuhr und die öffentlichen Spiele (Panem et Circenses!). Unter Cäsar wurden 2 besondere aediles cereales ernannt.

f. Die Quästoren. Die den Königen zur Seite stehenden quaestores parricidii (oben S. 48) erhalten in der republikanischen Zeit neben diesem Amte die Kassenführung, d. h. die Verwaltung des Staatsschatzes, des aerarium Saturni, woselbst auch die Legionsadler, die Censuslisten und Senatskonsulte verwahrt werden. Vor ihnen hat jeder Beamte binnen 5 Tagen nach seiner Wahl einen Eid in leges

[5]) Der Jurisdiktion der kuruliſchen Ädilen entstammen die beiden „ädiliziſchen Klagen" wegen Mängel der Kaufſache, die Wandelungsklage (actio redhibitoria) und die Minderungsklage (actio quanti minoris); vgl. unten § 89 b.

abzuleisten (ähnlich wie heute jeder neu eintretende Beamte einen Diensteid zu leisten hat, D. § 23[27]); sie treten ihr Amt deshalb schon am 5. Dezember an. Ihre Zahl steigt von 2 allmählich auf 40.

§ 9. Das Staatsgebiet.

a. Italien.

Die Ausbreitung der römischen Herrschaft über Italien erfolgte ursprünglich im Wege des Bündnisses. Rom hatte schon in ältester Zeit mit den latinischen Staaten ein foedus aequum, d. h. einen Bund abgeschlossen, dessen Führung Rom zustand, während den Latinen, unter Wahrung der politischen Selbständigkeit ihrer Gemeinden, connubium und commercium mit Rom (unten § 37 c) zugebilligt wurde. Mit dem Steigen der Macht Roms, insbesondere nach der glücklichen Beendigung des Latinerkriegs (337 v. Chr.) und der Samniterkriege (295 v. Chr., Schlacht bei Sentinum) werden die Beherrschungsformen andere.

1. Die italischen Gemeinden bleiben zum Teil selbständig, treten jedoch in ein foedus iniquum zu Rom, d. h. in ein tatsächliches Untertanenverhältnis.

2. Andere Gemeinden werden in den römischen Staatsverband aufgenommen, selten zu vollem Bürgerrechte, meist sine iure suffragii et honorum (Caerites, unten § 37 c), wogegen ihnen der größte Teil ihres Gebiets und eine gewisse Selbständigkeit in der inneren Verwaltung unter eigenen Beamten belassen wird. Solche Gemeinden heißen municipia.

3. Am schärfsten wird gegen Gemeinden verfahren, welche sich nicht ergeben haben, sondern durch occupatio bellica unterworfen sind. Solche Staaten werden völlig aufgelöst, ihre Bürger als Sklaven verkauft oder, sofern man sie in Freiheit beläßt, zu peregrini dediticii, d. h. heimatlosen Freien ohne alle politischen Rechte, gemacht; ihre Gebiete werden zu ager publicus populi Romani erklärt und als praefecturae durch römische Magistrate verwaltet.

Zur Sicherung ihrer Herrschaft über die eroberten Staaten bedienten sich die Römer der Kolonisation, der Ansiedelung römischer Bürger auf dem den Unterworfenen abgenommenen Gebiete. Die ursprünglichen Kolonien waren coloniae Romanae; ihre Mitglieder behielten das Bürgerrecht in Rom. Nach 268 v. Chr. wurden die Mitglieder der ausgesandten Kolonien zum größten Teil den Latinen entnommen: coloniae Latinae; die Mitglieder solcher Kolonien erhielten nur das ius Latii (unten § 37 c).

Die Gründung einer Kolonie setzt eine lex de colonia deducenda, meist ein Plebiszit, voraus. Der zur Ausstattung der Kolonie bestimmte ager publicus wird durch Regierungsfeldmesser (agrimensores, gromatici) vermessen und durch zwei Hauptlinien, decumanus maximus von Osten nach Westen und cardo maximus von Norden nach Süden, sowie entsprechende Parallellinien in gleiche Quadrate, centuriae, geteilt. Diese werden an die Kolonisten von Staatswegen verteilt (assignatio).[1])

Die Zurücksetzung der italischen civitates foederatae, municipia und coloniae Latinae wurde beseitigt durch den marsischen oder Bundesgenossenkrieg, 90—88 v. Chr., welcher mit der Verleihung des vollen römischen Bürgerrechts an alle Italiker endete.

Durch Cäsars lex Iulia municipalis, 45 v. Chr., von welcher ein Teil in der Tabula Heracleensis (S. 103) im Original überliefert ist, erhielten die italischen Städte eine einheitliche, Rom nachgebildete Verfassung nach dem Grundsatze der Selbstverwaltung[2]). An der Spitze der

---

[1]) Das so vermessene Gebiet heißt ager limitatus, im Gegensatze zu dem nicht amtlich vermessenen, nur durch seine natürlichen Grenzen umschlossenen Gebiete, dem ager arcifinius. Diese Unterscheidung hat auch für das Privatrecht Bedeutung, insofern die Accession kraft Uferrechts (durch alluvio, avulsio, alveus derelictus, insula in flumine nata) nur den agri arcifinii, nicht aber den agri limitati, deren Grenzen unverrückbar sein sollen, zufällt; vgl. unten § 125 a 1.

[2]) Selbstverwaltung (selfgovernment) liegt vor, wenn gewisse staatliche Verwaltungsbefugnisse den im Staate bestehenden

städtischen Verwaltung stehen alljährlich gewählte magistratus municipales, und zwar duoviri iuri dicundo und aediles für die Polizei. Dem römischen Senat entspricht die curia, deren Mitglieder, decuriones („Stadtverordnete"), einen besonderen Stand bilden (S. 90). Den Bürgern, municipes, stehen die am Orte wohnenden Nichtbürger, incolae, gegenüber.

b. Die Provinzen.

War die Eroberung einer Provinz beendet, so ernannte der Senat für sie einen Statthalter mit der Befugnis, durch eine lex data die erste Einrichtung zu treffen. Durch eine von Sulla eingebrachte lex Cornelia de provinciis ordinandis 81 v. Chr. wurde bestimmt, daß alle Konsuln und Prätoren in dem auf ihr Amtsjahr folgenden Jahr unter prorogatio imperii die Verwaltung einer Provinz übernehmen müßten, und zwar die Prokonsuln die gefährlichen, daher mit 2 Legionen belegten *prokonsularischen*, die Proprätoren die ruhigen, daher nur mit einer Legion gesicherten *proprätorischen* Provinzen. Der Statthalter hat in seiner Provinz ein durch keine Interzession und Provokation beschränktes Imperium. Ihm zur Seite stehen legati und für die Finanzverwaltung quaestores.

Gemeinden (Kommunen) oder Vereinigungen von solchen (Kommunalverbänden: Kreisen, Provinzen) zu selbständiger Ausübung durch eigene (*mittelbare* Staats-) Beamte zugewiesen werden. Der Selbstverwaltung (Kommunalverwaltung), welche dem Staate nur ein Aufsichtsrecht vorbehält, steht die Staatsverwaltung (bureaukratische Verwaltung) gegenüber, bei welcher die gesamte Verwaltung, auch die der Gemeinden, durch vom Staat eingesetzte (*unmittelbare* Staats-) Beamte erfolgt.

Eine derartige Selbstverwaltung besteht gegenwärtig auch in *Preußen*. Von den kleineren Staatsteilen, Provinzen, Regierungsbezirken, Kreisen und Gemeinden sind die Regierungsbezirke *nur* Staatsverwaltungs-Organisationen, während Provinzen, Kreise und Gemeinden sowohl Selbstverwaltungs- als auch Staatsverwaltungs-Organisationen bilden.

Die Provinzialen haben im allgemeinen die Rechtsstellung von Peregrinen. Einzelnen Provinzen und Gemeinden wird später die römische Civität, anderen das ius Latii minus oder maius (unten § 37 c) verliehen[3]).

III. Periode: Bis zum Tode Diokletians[1])

(31 v. Chr. bis 305 n. Chr.).

§ 10. Der Prinzipat.

Oktavian hatte als triumvir rei publicae constituendae eine über der Verfassung stehende Gewalt gehabt. Im Jahre 27 v. Chr. legte er dieses Amt nieder und bemühte

---

[3]) Eine andere Bedeutung hat die der Kaiserzeit angehörende Verleihung des ius Italicum an einzelne Provinzialgemeinden zB. Köln (colonia Agrippina, D. 50, 15, 8, 2). Das solum Italicum hatte gewisse Vorzüge gegenüber dem solum provinciale. Nur das solum Italicum war fähig, in wahrem (quiritarischem) Privateigentume zu stehen. Das Eigentum am solum provinciale dagegen wurde dem Kaiser (ähnlich wie in Deutschland auf Grund des Bodenregals, D. § 6[1]) oder dem römischen Volke zugeschrieben. Da hiernach der Besitzer eines Provinzialgrundstücks nur als Nutzungsberechtigter angesehen wurde, so konnten einmal die Grundsätze des ius civile über den Erwerb von Eigentum an Grundstücken durch mancipatio, in iure cessio und usucapio nicht für anwendbar erachtet werden; andererseits mußte der Besitzer für die ihm gestattete Benutzung eine Abgabe (stipendium in den Senatsprovinzen, tributum in den Kaiserprovinzen, S. 90) zahlen, während der italische Boden nach Fortfall des Tributus (S. 63) völlig steuerfrei war. Durch die Verleihung des ius Italicum wurde nun das betreffende Land zu solum Italicum erklärt und damit als steuerfrei und als im vollen Eigentume der Besitzer stehend anerkannt.

[1]) Geschichtstafel: C. Julius Cäsar Octavianus Augustus 31 v. Chr. bis 14 nach Chr. (Labeo, Capito); Tiberius 14—37 (Sabinus, Cassius); Caligula 37—41; Claudius 41—54 (Proculus); Nero 54—68; Galba, Otho, Vitellius 68—69; Vespasian 69—79 (Pegasus); Titus 79—81; Domitian 81—96; Nerva 96—98; Trajan 98—117 (Juventius Celsus); Hadrian 117—138 (Salvius Julianus, Africanus); Antoninus Pius, in den Quellen Divus Pius genannt, 138—161 (Pomponius); Mark Aurel (bis 169 mit seinem Bruder Lucius Verus, in den Quellen Divi Fratres) 161—180 (Gajus);

sich, durch äußerliche Aufrechterhaltung der bisherigen Verfassung den Anschein zu erwecken, als wäre eine Veränderung gar nicht eingetreten. Er vermied deshalb auch den Königstitel und nahm den Titel princeps (sc. senatus) an. Als Befehlshaber aller Truppen führte er den Titel Imperator. Ein besonderer ihm vom Senate verliehener Ehrenname war Augustus[2]), der Anbetungswürdige; außerdem fügte er seinem Namen noch den seines Oheims und Adoptivvaters Julius Cäsar bei.

Immer bestrebt, seine Macht als eine gesetzmäßige, auf die bisherige Verfassung sich gründende hinzustellen, ließ er sich die potestas proconsularis et imperatoria (27 v. Chr.), die potestas tribunicia (23 v. Chr.), die potestas censoria (19 v. Chr.) und das Amt des pontifex maximus (12 v. Chr.) verleihen.

So vereinigte Augustus in seiner Person die höchste militärische, bürgerliche und priesterliche Gewalt. Diese Machtvollkommenheit wurde seinen Nachfolgern durch eine lex de imperio, welche von Gajus (I. 1, 2, 6) und Ulpian (D. 1, 4, 1, pr.) als lex regia bezeichnet wird, übertragen. Ursprünglich geschah dies durch ein Centuriatgesetz auf Grund eines Senatsschlusses, später durch den Senat allein. Seit Vespasian wurde die bis dahin immer erweiterte lex de imperio unabänderlich (vgl. S. 104).

Der Prinzeps ist Oberbefehlshaber über das stehende Heer, mit der Befugnis, sein Hauptquartier, praetorium, in Rom selbst zu haben. Er hat das Recht, Krieg zu erklären und Frieden zu schließen; er verwaltet die ihm zugewiesenen Provinzen (S. 90) durch von ihm allein ab-

---

Commodus 180—192; Septimius Severus 193—211 (Papinian † 212); Caracalla, in den Quellen Divus Antoninus genannt, 211 bis 217; Severus Alexander, in den Quellen Alexander, nie Severus genannt, 222—235 (Ulpian, Paulus); Diokletian 284—305.

[2]) Nach Ovid von augur abgeleitet: der durch die Religion Geweihte, Geheiligte (= σεβαστός). Erst später, besonders durch den Zusatz semper, wird das Wort in Beziehung gebracht mit augere. Das hat sich erhalten in dem Titel des früheren deutschen Kaisers: „allzeit Mehrer des Reichs", vgl. D. § 9 a.

hängige Beamte, „Vizekönige“ (zB. praefectus Aegypto), und ist zur Verleihung des ius Latii und der civitas Romana an einzelne und Gemeinden befugt. Auf Grund seiner tribunicia potestas darf er den Senat berufen und in demselben Anträge stellen. Neben diesem ius referendi erhält er das ius relationis, d. h. das Recht, auch schriftlich oder durch einen quaestor candidatus principis in einer nicht von ihm berufenen und geleiteten Senatssitzung Anträge zu stellen und an erster Stelle zur Abstimmung zu bringen. Er kann ferner die Komitien berufen und in ihnen Gesetzesvorschläge machen.

Das Recht zu selbständiger Gesetzgebung steht ihm nicht zu; aber die von ihm kraft seines höchsten imperium erlassenen Straf- und Civilentscheidungen erhalten legis vicem (unten § 18 a 1). Der Prinzeps ist den Gesetzen unterworfen, soweit er nicht durch die lex de imperio oder den Senat von einzelnen Vorschriften befreit wird[3]). Seit 15 v. Chr. hat er das ausschließliche Recht zur Prägung von Gold- und Silbermünzen, während dem Senate nur das Recht zur Kupferprägung verbleibt.

Der Prinzipat ist nicht erblich. Die Wahl des Prinzeps liegt dem Senat ob, welcher jedoch meist durch den Willen des regierenden Kaisers oder des Heeres gebunden ist. Besonders wird es üblich, daß der Prinzeps einen Nachkommen oder Adoptivsohn als Mitregenten annimmt, um ihm so die Thronfolge zu sichern. Seit Hadrian geht die bisher für

---

[3]) Ulpian sagt zwar in D. de legibus 1, 3, 31: Princeps legibus solutus est; Augusta (Gemahlin) autem licet legibus soluta non est, principes tamen eadem illi privilegia tribuunt, quae ipsi habent. Dies bezieht sich aber nur auf die Befreiung von der lex Iulia et Papia Poppaea (unten § 16[3]). Der Grundsatz „princeps legibus solutus est“ wird allgemein erst in der vierten Periode aufgestellt. Er bedeutet aber auch nur, daß der Souverän nicht zur Verantwortung gezogen werden kann. Vgl. den englischen Verfassungsgrundsatz: „the king can do no wrong“ u. PrVU. Art. 43: „Die Person des Königs ist unverletzlich“ (S. 9[14]), s. auch D. § 9 a. Es ist heutzutage, selbst wenn dies in den Gesetzen (wie zB. in der RV.) nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, allgemein anerkannt, daß das Staatsoberhaupt strafrechtlich unverantwortlich ist.

den Prinzeps verwendete Bezeichnung Cäsar (Kaiser) auf den ernannten Thronfolger über (vgl. D. § 8 a). Als Tribun und Augustus ist der Prinzeps sakrosankt. Gegen ihn ist ein Strafverfahren daher nur möglich, nachdem er vom Senat abgesetzt ist. Nach seinem Tode hält der Senat ein Totengericht (nach ägyptischer Art) ab, welches mit consecratio (Erklärung des Verstorbenen als divus) oder mit damnatio memoriae (z.B. bei Caligula), bei milderer Beurteilung mit rescissio actorum (Ungültigkeitserklärung einzelner Amtshandlungen) schließt.

§ 11. Komitien und Senat.

a. Die Komitien, welche dem Namen nach seit 27 v. Chr. wiederhergestellt waren, verlieren tatsächlich sehr bald ihre ganze Bedeutung. Ihre Strafgerichtsbarkeit geht auf die quaestiones perpetuae, bezüglich Personen senatorischen Standes auf den Senat über (unten § 34 b 1 α a. E.). Tiberius entzieht ihnen die Wahl der Beamten und überträgt sie dem Senate (tunc primum e campo comitia ad patres translata sunt; Tacitus, Ann. 1, 15). Ihre Gesetzgebungsgewalt erhält sich noch eine Zeitlang, geht dann auf den Senat und später auf den Kaiser über (unten §§ 17, 18).

b. Der Senat verliert auf der einen Seite erhebliche Berechtigungen, besonders die Leitung der auswärtigen Politik, während andererseits durch die Befugnis zur Kaiserwahl und den Übergang der Beamtenwahl, der Strafgerichtsbarkeit über Senatoren und der Gesetzgebung auf ihn seine Bedeutung gewahrt bleibt, sodaß als Träger der Souveränität in der ersten Kaiserzeit Prinzeps und Senat anzusehen sind. Der Senat hat außer den bereits erwähnten Rechten auch die Leitung eines Teils der Provinzen. Augustus teilte 27 v. Chr. die Verwaltung der damaligen 22 Provinzen dergestalt, daß er 12, in denen noch eine bedeutendere Truppenzahl gehalten werden mußte, in die eigene Verwaltung nahm (provinciae Caesaris), zu welchen

alle später erworbenen traten, während er 10 — und zwar die beruhigten (pacatae) — dem Senat überließ (provinciae senatus et populi). Die Einkünfte aus den Senatsprovinzen flossen in das unter der Verwaltung des Senats stehende aerarium Saturni, die Einkünfte der Kaiserprovinzen kamen in eine kaiserliche Kasse: fiscus (Korb).[1]) Vom Fiskus, dem dem Kaiser als solchem zustehenden und auf seinen Nachfolger übergehenden Vermögen, ist sein Privatvermögen, patrimonium, ratio Caesaris, unterschieden.

Nachdem im dritten Jahrhundert der Unterschied zwischen Kaiser- und Senatsprovinzen fortgefallen ist, wird das gesamte Staatsvermögen im Fiskus vereinigt und der selbständigen Verwaltung des Kaisers unterstellt; das aerarium Saturni wird zu einer Stadtkasse Roms.

§ 12. Die Beamten.

a. Die republikanischen Staatsämter bleiben zunächst bestehen, büßen aber bald den größten Teil ihrer Bedeutung ein. Konsuln werden anfangs noch regelmäßig vom Prinzeps ernannt; sie führen den Vorsitz im Senat und üben eine freiwillige Gerichtsbarkeit aus. Später wird ihre Amtsdauer auf 2 Monate beschränkt. Die am 1. Januar eintretenden, nach welchen das Jahr benannt wird, heißen consules ordinarii, die später eintretenden suffecti (vgl. S. 51[4]). Vielfach bekleiden die Kaiser mit oder ohne Kollegen selbst das Amt, oder die Ernennung

[1]) In das aerarium populi floß auch eine fünfprozentige Steuer von den Freilassungen (vicesima manumissionum). Eine Unterabteilung bildete das aerarium militare, eine Stiftung des Augustus für die Veteranen („Reichsinvalidenfonds"), dessen Haupteinnahmequelle die im Jahre 6 nach Chr. eingeführte vicesima hereditatum, eine fünfprozentige Erbschaftssteuer, bildete. In den fiscus kommen später noch die bona damnatorum, die caduca der lex Iulia et Papia Poppaea (unten § 16[5]) und ein Teil der Einkünfte aus den Senatsprovinzen.

von Konsuln unterbleibt ganz[1]). Die Prätoren führen ihr Amt in der früheren Weise fort, werden aber allmählich zu Richtern unterer Instanz, gegen deren Entscheidung die Appellation an den praefectus urbi geht. Die Censur, welche mit dem Aufhören des Tributus und der allgemeinen Wehrpflicht und mit der Übertragung der lectio senatus auf den Prinzeps ihre Bedeutung verloren hat, gilt seit Domitian als mit dem Prinzipate verbunden. Der letzte Census für die Stadt Rom wird im Jahre 74 von Titus und Vespasian aufgenommen. — Die Volkstribunen und Ädilen verlieren fast alle ihre Befugnisse.

b. Die kaiserlichen Beamten. Der Prinzeps übt die ihm übertragenen Befugnisse durch von ihm ernannte magistratus extraordinarii aus. Während die republikanischen Beamten vom Senat und regelmäßig auf ein Jahr gewählt werden, unbesoldet sind und meist dem ordo senatorius entstammen, hängt die Ernennung und Amtsdauer der meist aus dem ordo equester und dem Stande der Freigelassenen hervorgehenden und besoldeten kaiserlichen Beamten vom Willen des Kaisers ab. Die höchsten Beamten sind:

1. Der praefectus praetorio. Er ist ursprünglich Befehlshaber der seit Tiberius in einem befestigten Lager bei Rom vereinigten Leibwache, der 9 cohortes praetoriae, erlangt später jedoch die Stellung eines Ministerpräsidenten und Stellvertreters des Kaisers. Seit Alexander Severus hat der praefectus praetorio sogar die Befugnis zum Erlasse von gesetzgleichen Verordnungen (formae, § 18 a 1 δ). Die berühmtesten Juristen: Papinian, Ulpian und Paulus haben dieses Amt bekleidet, mit welchem auch eine umfassende Gerichtsbarkeit an des Kaisers statt (vice sacra), insbesondere auf Appellation gegen Ur-

[1]) Man benennt dann die Jahre post consulatum des letzten Konsuls. Der letzte Privatmann, welcher das Konsulat bekleidet, ist Basilius 541 n. Chr.; die Jahre 542—566 werden post consulatum Basilii I—XXV bezeichnet (vgl. zB. Novelle 118 a. E.). Seit 567 ist der Kaiser consul perpetuus.

teile der Provinzialstatthalter, verbunden ist; vgl. unten § 34 b 2 β a.

2. Der praefectus urbi ist Polizeipräsident der Stadt Rom. Ihm steht neben den quaestiones perpetuae (und nach Aufhebung derselben unter Septimius Severus 205 n. Chr. allein) die Gerichtsbarkeit in Strafsachen in urbe Roma et intra centesimum miliarium zu (unten § 34 b 2 β b); an ihn geht die Appellation gegen Civilurteile der sonstigen städtischen Richter. Ihm sind unterstellt (sub dispositione) der praefectus annonae, welchem seit 22 v. Chr. an Stelle der aediles cereales die Sorge für die Getreidezufuhr übertragen ist, und der praefectus vigilum für das Löschwesen und die Sicherheitspolizei. Beiden ist zugleich die Gerichtsbarkeit über die in ihre Verwaltungszweige gehörenden Streitsachen zugewiesen (§ 34 b 2 β b).

Dem Prinzeps steht ein Geheimer Rat, consilium, consistorium, auditorium principis, unter dem Vorsitze des praefectus praetorio zur Seite, entstanden aus der Besprechung des Augustus mit seinen Vertrauten über wichtige Angelegenheiten. Er dient besonders zur Vorberatung der vom Kaiser zu erlassenden Gesetze und zur Entscheidung der an den Kaiser gebrachten Prozesse.

§ 13. Das Staatsgebiet.

a. Italien. Die den italischen Gemeinden durch die lex Iulia municipalis gewährleistete Selbstverwaltung verliert sich in der dritten Periode, und Italien unterscheidet sich am Ende derselben nur durch die aus dem ius Italicum sich ergebenden Vorzüge des solum Italicum von den Provinzen.

Augustus teilt Italien in 12 Verwaltungsbezirke: Rom und 11 regiones, an deren Spitze je ein procurator steht.

Hadrian scheidet für die Justizverwaltung Italien in vier Bezirke, denen consulares, seit Mark Aurel iuridici genannt, vorstehen.

Auf diese geht die städtische Gerichtsbarkeit zum größten Teil über, die Munizipalmagistrate bleiben nur für geringe Civilsachen und für die städtische Verwaltung zuständig, bis gegen Ende des Jahrhunderts auch diese der Aufsicht von staatlichen Beamten, correctores, unterstellt wird.

b. Die Provinzen. Die kaiserlichen Provinzen werden von legati Augusti, die senatorischen von proconsules verwaltet. Das solum provinciale, sofern es nicht des ius Italicum teilhaftig ist, unterliegt einer Grundsteuer, welche in den kaiserlichen Provinzen tributum, in den senatorischen stipendium heißt (S. 83[3]). Außerdem wird noch eine Kopfsteuer, tributum capitis, erhoben. In den nach römischem Muster geordneten Städten[1]) werden die Dekurionen für den Eingang dieser Steuern für persönlich haftbar erklärt. Sie genießen dafür aber andererseits gewisse Bevorzugungen (legitimatio per oblationem curiae, vgl. D. § 92[9]).

Die Lage der Provinzialen verbessert sich in der Kaiserzeit insofern, als die Prinzipes der unter der Republik üblich gewesenen schamlosen Ausbeutung durch die Statthalter (Verres!) und die societates publicanorum entgegentreten.

IV. Periode: Bis zum Tode Justinians

(305—565 n. Chr.).

§ 14[1]).

a. Der Kaiser. Bis in die Mitte des dritten Jahrhunderts n. Chr. war der Prinzeps wenigstens dem Worte nach noch Beamter des Volks und teilte die Staats-

---

[1]) Die Verfassung der Provinzialstädte ist seit der Auffindung der leges Salpensana et Malacitana (unten § 16 e 2) genauer bekannt.

[1]) Geschichtsübersicht. Konstantin der Große 323—337. Erstes ökumenisches Konzil in Nicaea 325 (Symbolum Nicaeanum:

gewalt mit dem Senate. Der drohenden Zersplitterung traten Diokletian und Konstantin entgegen, welche durch eine völlige Neugestaltung der gesamten Staatsordnung und straffe Zusammenfassung der Staatsgewalt die Erhaltung des Reichs ermöglichten.

In der vierten Periode gibt es nur einen Herrscher, den Kaiser. Er ist schon auf Erden gottgleich, numen divinum, alles was von ihm ausgeht, ist sacrum („Byzantinismus“:

Christus gottgleich, ὁμοούσιος; Verwerfung der Arianischen Lehre: Christus gottähnlich, ὁμοιούσιος. Christentum staatlich anerkannt). Verlegung der Residenz nach Byzanz (Konstantinopel) 330. Julianus Apostata 361—363 (vorübergehende Rückkehr zum Heidentum). Teilung des Reichs in Occident (Valentinian I.) und Orient (Valens) 364. Beginn der Völkerwanderung 375. Wiedervereinigung des Gesamtreichs unter Theodosius I. 392. Erneute Teilung in Weström (Honorius) und Ostrom (Arkadius) 395.

a. Das Weströmische Reich endet 476 mit der Absetzung des Königs Romulus Augustulus durch Odoaker, Heerführer der Heruler und Rugier. 493 besiegt Theodorich der Große, König der Ostgoten, den Odoaker und errichtet in Italien das Ostgotenreich mit den Hauptstädten Ravenna und Berona (Dietrich von Bern = Theodorich von Berona). 554 zerstört Narses, Feldherr Justinians, das Ostgotenreich. Oströmische Herrschaft (Exarchat) mit der Hauptstadt Ravenna 554—752. 568 erobern die Langobarden unter Alboin Norditalien (Lombardei, Hauptstadt Pavia). 752 erobert der Langobardenkönig Aistulf das Exarchat. 755 entreißt ihm Pippin der Kleine Ravenna und schenkt es nebst Bologna und Ferrara dem Papste Stephan II. (Pippinsche Schenkung, Grundlage des Kirchenstaates, D. § 30[3]). Karl der Große zerstört 773 das von Desiderius beherrschte Langobardenreich und erwirbt später die römische Kaiserwürde; er wird vom Papste Leo III., nach Erweiterung der Pippinschen Schenkung, Weihnachten 800 gekrönt. 962 wird Otto I. römischer Kaiser (Heiliges römisches Reich deutscher Nation); vgl. D. § 2 b.

b. Oströmisches Reich. Theodosius II. 408—450 (Citiergesetz 426, unten § 20 d). Leo I. (Priorität des pignus publicum, (s. u.). Zeno (iusiurandum Zenonianum, unten § 118 c 2 α c), Anastasius (lex Anastasiana, unten § 84 b 2). Justinian 527—565. Basilius Macedo. Sein Sohn Leo Philosophus 886—910 (Basiliken, § 29 b 3). Trennung der griechisch- und der römisch-katholischen Kirche 1054; D. § 24[3]. Errichtung des lateinischen Kaisertums durch die Kreuzfahrer 1204. Eroberung von Konstantinopel durch die Türken 1453.

sacrum palatium, sacrae constitutiones, sacrum encaustum d. h. Purpurtinte). Er iſt Geſetzgeber und Richter, ſeine Gewalt iſt unumſchränkt wie die eines orientaliſchen Despoten (zB. Ausdehnung des crimen laesae maiestatis: C. 9, 8, 5, ſog. lex Quisquis; vgl. unten § 33[13]). Erblich iſt die Kaiſerwürde auch jetzt nicht. Der vom Kaiſer bezeichnete Nachfolger (Cäſar) kommt nur zur Herrſchaft, wenn er von den Heeren anerkannt wird.

b. Das Beamtenweſen wird neu geordnet. Die Ämter ſcheiden ſich in dignitates (höhere) und officia, militiae (ſubalterne). Die dignitates ſind in drei Klaſſen abgeſtuft (mit der Bezeichnung: illustres, spectabiles, clarissimi) und zerfallen in dignitates palatinae, civiles und militares. Zu den erſteren gehören die höchſten Hofbeamten: der quaestor sacri palatii (Juſtizminiſter), der magister officiorum (Hofmarſchall), der comes sacrarum largitionum (Finanzminiſter) und der comes rerum privatarum (Hausminiſter). Aus ihnen und einigen Beamten zweiter Klaſſe ſetzt ſich der kaiſerliche Staatsrat[2]), consistorium principis, zuſammen, in welchem die vom Kaiſer zu erlaſſenden Geſetze beraten werden und welcher als auditorium zur Entſcheidung der an den Kaiſer gebrachten Prozeſſe berufen iſt. Jedem der Hofbeamten unterſteht eine Kanzlei, scrinium.

Allen Rangklaſſen voran ſtehen die Mitglieder der kaiſerlichen Familie (nobilissimi), die vom Kaiſer mit dem perſönlichen Adel Ausgezeichneten (patricii) und die noch immer von den Senaten der beiden Hauptſtädte gewählten, politiſch bedeutungsloſen Jahreskonſuln, nach welchen das Jahr bezeichnet wird (S. 88[1], consules ordinarii, im Gegenſatze zu den consules honorarii, den Titularkonſuln). Die dignitates ſind regelmäßig nur von einjähriger Dauer, die officia ſind dauernde, vererbliche und veräußerliche Ämter. Alle Beamten ſind beſoldet[3]).

[2]) Über eine ähnliche Einrichtung in Preußen vgl. D. § 20 b 2.

[3]) Das Beamtenweſen der vierten Periode iſt uns bekannt durch einen etwa 405 n. Chr. abgefaßten Hof- und Staatskalender, die

c. Die Verwaltung. Die Besteuerung erfolgt unter Beseitigung des ius Italicum im ganzen Reich einheitlich. Die Grundbesitzer (possessores) werden mit ihren Grundstücken zu einer Grundsteuer (capitatio terrena) herangezogen[4]).

Die Nichtbesitzer (plebeii) unterliegen einer Kopfsteuer, capitatio humana. Die possessores sind den plebeii gegenüber bevorzugt; insbesondere dürfen nur die letzteren gefoltert und mit schweren Leibesstrafen belegt werden. Die zu demselben Gewerbe gehörenden Personen werden zu Innungen vereinigt. Die Kinder müssen in der Regel das Gewerbe ihres Vaters aufnehmen: das Kastenwesen beginnt.

„Notitia dignitatum (et administrationum omnium tam civilium quam militarium in partibus Orientis et Occidentis)". Diese Notitia ist in einer 1440 in Speier entdeckten, aber wieder verschollenen Handschrift überliefert worden.

[4]) Die Grundsteuerrolle, in welcher sämtliche Grundstücke verzeichnet sind, heißt capitum registrum (caput = Steuereinheit, von welcher ein bestimmter Betrag zu entrichten ist). Daraus entstand unser heutiges Wort „Kataster" (mittelalterlich capitastrum).

Heute hat der Kataster nicht nur die Bedeutung, für die in den meisten Staaten vorhandene (in Preußen seit dem 1. April 1895 den Gemeinden überwiesene, D. § 9[a]) Grund- und Gebäudesteuer als Grundlage zu dienen. Sondern da für diese Besteuerung eine von Zeit zu Zeit zu erneuernde Vermessung und Aufnahme der Grundstücke erforderlich ist, wurde der Kataster auch mit dem Grundbuchwesen (D. § 73 b 4 δ) in Verbindung gebracht. Auf den Grundbuchblättern derjenigen Grundstücke, „welche bereits auf das Grundsteuerbuch zurückgeführt sind", wird nämlich die katastermäßige Größe, Art, Lage und bei Gebäuden Bebauung nach Maßgabe des Katasters vermerkt und werden diese Notizen alljährlich nach den Veränderungen („Fortschreibungen") ergänzt. In Preußen (vgl. GBO. § 2) zerfällt der Kataster in: a. das Flurbuch, welches die Ergebnisse der Vermessung nach der Lage der Grundstücke angibt und durch Flurkarten, welche diese Lage durch Zeichnungen darstellen, ergänzt wird, b. die Grundsteuermutterrolle, in welcher alle in einem Katasterbezirke (Kreise) belegenen Grundstücke nach deren Eigentümern in Artikel zusammengestellt sind, und c. die Gebäudesteuerrolle, welche über die Gebäude und deren Hofräume und Gärten, welche einen Morgen nicht übersteigen, nach Nummern Auskunft gibt. Das Nähere gehört in das Sachenrecht des Lehrbuchs (L. III § 9[18]).

d. Das Staatsgebiet wird einer Neueinteilung unterworfen, und zwar unter Aufhebung aller Unterschiede zwischen Italien und den Provinzen. Die militärische Gewalt wird von der bürgerlichen getrennt, auch werden die Bezirke für die militärische Verwaltung anders abgegrenzt als diejenigen für die Civilverwaltung, mit welcher auch noch in dieser Periode die Rechtsprechung vereinigt ist. Zwecks der Militärverwaltung wird das Reich in 4 praefecturae eingeteilt, deren jeder ein magister militum vorsteht; unter ihnen stehen duces, welchen wieder comites unterstellt sind. Zwecks der Civilverwaltung zerfällt das Reich gleichfalls in 4 praefecturae: Italien, Gallien, Orient, Illyrien unter je einem praefectus praetorio. Die praefecturae sind in 14 dioeceses (unter vicarii) und 116 provinciae (unter rectores) geteilt. Besondere Verwaltungsbezirke sind die Hauptstädte Rom und Konstantinopel unter je einem praefectus urbi (S. 89). Ihre Senate sind zu Stadträten geworden. Zuweilen erfolgt an sie die Veröffentlichung allgemeiner Gesetze; vorübergehend bestimmt Theodosius II., daß ihnen die Gesetzentwürfe zur Begutachtung vorgelegt werden sollen.

II. Buch: Geschichte der Rechtsquellen.

I. Rechtsquellen bis zur Kodifikation.

§ 15. Rechtsquellen. Einleitung.

Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs beruht (S. 37), soweit es römischen Ursprungs ist, auf der die römische Rechtsentwickelung zum Abschlusse bringenden Kodifikation Justinians (unten §§ 22 ff.). Diese war jedoch keine Neuschaffung, sondern nur eine Zusammenstellung (Kompilation) und Neuordnung des bereits vorhandenen Rechtsstoffs. Die folgende Darstellung der Rechtsquellen, aus denen die justinianische Kodifikation geschöpft hat, schließt sich an den Satz des Gajus (G. 1, 2, vgl. Papin. D. 1, 1, 7, pr.) an: Constat ius populi Romani ex legibus, plebiscitis (§ 16), senatus consultis (§ 17), constitutionibus principum (§ 18), edictis eorum, qui ius edicendi habent (§ 19), responsis prudentium (§ 20). Hierbei stellen die ersten drei Rechtsquellen das Gesetzesrecht, die beiden letzten das Gewohnheitsrecht dar.

§ 16. Leges Plebeivescita.

a. Entstehungsgang. Lex est quod populus iubet atque constituit, plebiscitum est quod plebs iubet atque constituit (G. 1, 3); über ihre Gleichstellung vgl. S. 65.

Der Entwickelungsgang eines Gesetzes ist:

1. Latio, Ankündigung eines Gesetzes. Sie kann nur durch einen mit ius agendi cum populo (Centuriat-

komitien) oder cum plebe (Tributkomitien) ausgerüsteten Beamten erfolgen. Die lex Caecilia Didia (98 v. Chr.) bestimmt: ne quid per satūram[1]) ferretur, d. h. derselbe Gesetzesvorschlag darf nicht (wie dies während des Ständekampfes häufig gewesen war, S. 54 ff.) verschiedene Gegenstände betreffen. Dieselbe lex Caecilia Didia schärft von neuem ein die

2. Promulgatio, d. h. Ausstellung des formulierten Gesetzentwurfs auf hölzernen Tafeln zwecks Vorbesprechung in contiones (S. 59), mindestens ein trinundinum (S. 67) vor den entscheidenden comitia. In diesen erfolgt die

3. Rogatio, Einbringung (S. 67), wobei Abänderungen des angekündigten Entwurfs unzulässig sind. Mit der Feststellung (renuntiatio, S. 68[14]) der erfolgten Annahme (lex perlata) tritt das Gesetz in Kraft, nicht erst (wie nach heutigem Staatsrechte, vgl. RV. Art. 2, D. § 23 d) mit der

4. Publicatio, Ausstellung auf ehernen Tafeln.

b. Der Gesetzesinhalt zerfällt in

1. die Praescriptio, enthaltend Namen und Amt des rogator[2]), Zeit und Art der Abstimmung und bei Ab-

---

[1]) Satura (sc. lanx), ursprünglich eine Fruchtschüssel, mit allerlei Früchten angefüllt, übertragen Gemengsel, Durcheinander; später ein — verschiedene Gegenstände behandelndes — Spottgedicht, daher das heutige Wort Satire.

[2]) Die Bezeichnung der Gesetze erfolgt meist nach dem Gentilnamen des Antragstellers (lex Iulia, d. h. Cäsars, lex Cornelia, d. h. Sullas; zuweilen mit einem Hinweis auf den Rechtsstoff: lex Cornelia de sicariis). Stehen zwei Gentilnamen neben einander (ohne et), so deutet dies auf zwei Antragsteller (lex Plautia Papiria). Sind sie durch et verbunden (lex Iulia et Papia Poppaea S. 103[3]), so sind damit zwei verschiedene, dasselbe Rechtsgebiet betreffende Gesetze gemeint. — In der modernen Zeit pflegt man amtlich die Gesetze nach ihrem Datum und ihrer, der behandelten Materie entnommenen Überschrift zu bezeichnen (zB. „Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896"). In der Parlamentssprache bezeichnet man jedoch auch heute noch Gesetzesvorschläge nach dem Antragsteller. Zuweilen wird dann diese Bezeichnung auch für das angenommene Gesetz beibehalten, zB.: lex Lasker = Reichsgesetz vom 20. Dezember 1873, betr. Abänderung

stimmung nach Tribus den Namen der erststimmenden Tribus und des in ihr zuerst Stimmenden (S. 68[14]);

2. die Rogatio, d. h. den bestimmenden Gesetzesteil in befehlender Sprache;

3. die Sanctio, d. h. die Bestimmungen über die Folgen der Übertretung des Gesetzes, wonach man (S. 25) leges perfectae (Nichtigkeit der gegen das Gesetz vorgenommenen Handlung), minus quam perfectae (Strafe, aber keine Nichtigkeit) und imperfectae (weder Nichtigkeit noch Strafe) unterscheidet. Ob auch leges plus quam perfectae (Nichtigkeit und Strafe) vorkamen, ist streitig. Theodosius II. und Valentinian III. bestimmten 439 n. Chr. (C. 1, 14, 5), daß die gegen ein Gesetz oder in betrügerischer Umgehung desselben (in fraudem legis) vorgenommenen Handlungen nichtig sein sollten, sofern das Gesetz

---

des Art. 4 Nr. 13 der RV. (reichsgesetzliche Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, vgl. D. § 58 a. A.); Franckensteinsche Klausel = § 8 des RG. vom 15. Juli 1879, wonach bei der Neuordnung des Zollwesens der aus den Eingangszöllen und der Tabaksteuer sich für das Reich ergebende Betrag, soweit er 130 Mill. Mark übersteigt, an die Einzelstaaten verteilt wird (vgl. D. § 23[20]); daran anschließend in Preußen die (durch Gesetz vom 14. Juli 1893 inzwischen wieder beseitigte) lex Huene = Gesetz vom 14. Mai 1885, wonach die gemäß der Franckensteinschen Klausel an Preußen gelangenden Zollüberschüsse, soweit sie 15 Mill. Mark übersteigen, an die Kommunalverbände verteilt wurden. — Zuweilen benennt man (nicht amtlich) Gesetze nach der Person, welche die occasio legis, d. h. der unmittelbare Anstoß zum Erlasse des Gesetzes gewesen war, zB. Arnimparagraph = § 353 a StGB., veranlaßt durch den Prozeß des Grafen Arnim 1874, welcher als Botschafter in Paris der Politik Bismarcks zuwidergehandelt hatte; Duchesneparagraph = § 49 a StGB., nachgebildet einem belgischen Gesetze vom 7. Juli 1875 und veranlaßt durch den Fall des Kupferschmieds Duchesne in Belgien, welcher sich dem Erzbischof von Paris schriftlich erbot, Bismarck zu ermorden; lex Ahlwardt = § 69 StGB. in der — den ersten Satz und den zweiten Absatz zufügenden — Fassung des Gesetzes vom 26. März 1893; lex Heinze = RG. betr. Änderungen und Ergänzungen des StGB., vom 25. Juni 1900 (zur Bekämpfung der Unsittlichkeit), veranlaßt 1892 durch den Prozeß des Zuhälters Heinze in Berlin; lex Arons = PrG. betr. die Disziplinarverhältnisse der Privatdozenten, vom 17. Juni 1898, angeblich hervorgerufen durch die Betätigung sozialdemokratischer Gesinnung seitens des Berliner Privatdozenten Dr. Arons.

nicht etwas anderes bestimme, m. a. W., daß alle leges ohne weiteres als perfectae anzusehen seien.

Das spätere Gesetz hebt das frühere widersprechende auf (lex posterior derŏgat priori), entweder völlig (abrŏgare) oder teilweise (derŏgare), zuweilen indirekt (obrŏgare); subrŏgare wird von Zusatzbestimmungen gebraucht[8]).

c. Arten der Gesetze. Den in den Komitien beratenen leges rogatae stellt man die vom Senat oder einzelnen erlassenen leges datae gegenüber (ähnlich wie man heute Gesetz und Verordnung im formellen Sinne, S. 16, unterscheidet). Leges datae waren besonders die Provinzialordnungen (S. 82). Nach Augustus kommen leges rogatae selten vor, die letzte bekannte ist eine „lex

[8]) Über die Frage, ob Gewohnheitsrecht früheres Gesetzesrecht abzuändern geeignet ist, vgl. S. 18[20]. — Vielfach ist es in der neueren Zeit, besonders im Falle der Kodifikation einzelner Rechtsgebiete, üblich geworden, die früheren Gesetze, ohne sie jedoch im einzelnen zu bezeichnen, für aufgehoben zu erklären. Derartige Bemerkungen sind bedeutungslos. Denn einmal sind sie nach dem S. 33 Gesagten selbstverständlich, andererseits pflegt die Ausdrucksweise nicht bestimmt genug zu sein, um Streit auszuschließen. So hat zB. das EGStGB. § 2 das „Reichs- und Landesstrafrecht, insoweit dasselbe Materien betrifft, welche Gegenstand des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich sind", außer Kraft gesetzt. Über die Tragweite des Wortes „Materien" hat sich nun ein lebhafter Streit entsponnen (vgl. zB. bezgl. der „Materie" des Lotteriespiels L. II § 81[3]). — Die Reichsjustizgesetze haben zu dem vorhandenen Rechte derart Stellung genommen, daß sie die prozeßrechtlichen Vorschriften der Reichsgesetze als nicht berührt bezeichnen (EGCPO. § 13, EGStPO. § 5), während sie die prozeßrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze für aufgehoben erklären (EGCPO. § 14, EGStPO. § 6). Die Ausnahmen von diesem Grundsatze, d. h. die Fälle, in denen ein Reichsgesetz beseitigt oder ein Landesgesetz unberührt bleiben soll, sind besonders aufgeführt (EGCPO. §§ 13, 15, 16, EGStPO. § 6). Hier ist in vielen Fällen wieder streitig geworden, ob eine bestimmte Vorschrift als eine „prozeßrechtliche" anzusehen ist. Ebenso hat das BGB. (EG. Art. 32, 55) die Vorschriften der Reichsgesetze in Kraft erhalten, dagegen die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze außer Kraft gesetzt, in beiden Fällen, sofern sich nicht aus dem BGB. oder dem EGBGB. das Gegenteil ergibt. Im Preußischen AGBGB. Art. 89 sind einzelne Vorschriften des bisherigen Rechts noch ausdrücklich aufgehoben.

agraria, quam Nerva tulit“ (D. 47, 21, 3, 1), also etwa von 96 n. Chr. Formell abgeschafft wurde die Komitialgesetzgebung nicht, daher führt sie Gajus auch noch unter den Rechtsquellen auf.

Nach den in den Gesetzen behandelten Rechtsgebieten unterscheidet man u. a. leges sumptuariae gegen den Luxus, leges tabellariae (S. 67), leges iudiciariae, leges agrariae[4]).

---

[4]) Leges agrariae nennt man die Gesetze über die Behandlung des ager publicus populi Romani, d. h. des durch Eroberung Staatseigentum gewordenen Grund und Bodens. Soweit derselbe nicht zu Kolonien verwendet (S. 81) oder vom Censor versteigert wurde (S. 77), konnte er grundsätzlich von einem jeden in Besitz genommen und bebaut werden (agri occupatorii), wodurch allerdings nicht Eigentum, sondern nur eine tatsächliche, jederzeit widerrufliche Innehabung (precarium) mit der Verpflichtung zur Zahlung eines vectigal an den Staat entstand. Die auf Rückgabe und Aufteilung dieser (in den Händen der allein über Betriebsmittel verfügenden Reichen vereinigten) agri occupatorii abzielenden leges agrariae nahmen daher den Besitzern rechtlich nichts; tatsächlich aber verloren die letzteren die in das Grundstück gemachten Aufwendungen, abgesehen davon, daß sie im Laufe der Zeit das Bewußtsein, bloß prekären, d. h. widerruflichen Besitz zu haben, verloren hatten.

Die älteste lex agraria war die lex Cassia des Spurius Cassius Viscellinus (486 v. Chr.), welche die Aufteilung des ager publicus unter bedürftige Plebejer und Bundesgenossen anordnete, aber unausgeführt blieb und ihrem Urheber den Tod brachte. Auf sie folgte die zweite der leges Liciniae Sextiae (367 v. Chr. S. 55), an welche die lex agr. des Tiberius Gracchus (133 v. Chr.) mit der Milderung anknüpfte, daß den Besitzern erstattet werden sollte, was sie an Kosten auf die Grundstücke verwendet hatten. Die zurückgegebenen Grundstücke sollten an die Armen verteilt werden, und zwar um den Rückkauf zu hindern, als unveräußerliches Gut. Die nur zum Teil durchgeführte Reform wurde von Gajus Gracchus 123 v. Chr. aufgenommen. Nach dessen Ermordung (121 v. Chr.) wurde jedoch auf Antrag des vom Senate gewonnenen Volkstribunen M. Livius Drusus zunächst das Veräußerungsverbot aufgehoben. Durch eine lex Thoria 118 v. Chr. wurde die Gracchische Gesetzgebung überhaupt beseitigt, und endlich durch einen im Original erhaltenen (S. 104) Volksbeschluß von 111 (früher fälschlich als lex Thoria bezeichnet) alles in Besitz genommene Land in zinsfreies Privateigentum umgewandelt.

Hiernach bezeichnet der Ausdruck leges agrariae im letzten Jahrhundert der Republik ausschließlich diejenige Gesetzgebung, welche

d. Einzelne Gesetze.

Das Recht der ältesten Zeit beruht ausschließlich auf der Gewohnheit: rex und consul urteilen nach dem Herkommen (vgl. die öfters erwähnte rechtsgeschichtliche Darstellung des Pomponius in D. 1, 2, 2, 1).

Als älteste Rechtsaufzeichnungen werden commentarii regii und magistratuum, Sammlungen von Formularen für einzelne Amtsgeschäfte, genannt. Es werden auch bereits aus der Königszeit Gesetze, leges regiae, insbesondere von Servius Tullius erwähnt, welche angeblich nach Vertreibung der Könige von einem pontifex maximus Papirius in einer Sammlung „Ius Papirianum" zusammengestellt worden sind. Dieses Ius Papirianum, von welchem sogar einzelne Sätze noch angeführt werden (zB. D. 11, 8, 2), ist jedoch vermutlich eine aus späterer Zeit stammende Zusammenstellung von Sakralvorschriften der pontifices (vgl. § 33 b 1 α a). Kommentiert wurde es zur Zeit Cäsars durch Granius Flaccus (D. 50, 16, 144).

Die Grundlage der gesamten späteren römischen Rechtsentwickelung bilden die 12 Tafeln. Livius nennt sie fons omnis publici privatique iuris, und noch zu Ciceros Jugendzeit wurden ihre Sätze von den Knaben auswendig

---

auf Aufteilung des ager publicus gerichtet war. In der Gegenwart umfassen die Ausdrücke Agrargesetzgebung, Agrarpolitik alle diejenigen Gesetze und Bestrebungen, welche auf Erhaltung und Hebung der Landwirtschaft und des ländlichen Berufsstandes gerichtet sind. Dazu gehören u. a. die Befreiung des Grundeigentums und der ländlichen Bevölkerung in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts (D. §§ 18 c, 82[2]); die Erleichterung der Teilung und andererseits der ungeteilten Vererbung der Bauerngüter („Anerbenrecht", D. § 82 c 2); der Schutz der inländischen Landwirtschaft durch Getreideeinfuhrzölle und Einfuhrverbote; die Errichtung von Landwirtschaftskammern „zum Zwecke der korporativen Organisation des landwirtschaftlichen Berufsstandes" (PrG. vom 30. Juni 1894). Die Landwirte („Agrarier") haben sich zwecks Wahrung ihrer Interessen seit 1893 zu einem „Bunde der Landwirte" zusammen geschlossen. Die wesentlichen agrarischen Forderungen (sog. „große Mittel") sind der sog. Antrag Kanitz (Monopolisierung des Getreidehandels in der Hand des Reichs) und die Einführung der Doppelwährung; vgl. L. I § 33[1].

gelernt. Den ersten Kommentar schrieb Sextus Älius in seiner Tripertīta (§ 31), spätere Kommentare sind von Labeo und Gajus. Hauptsächlich diesen Bearbeitungen, insbesondere der des Gajus in 6 Büchern, von welcher Bruchstücke in die Pandekten Justinians übernommen sind, verdanken wir die teilweise Kenntnis des Inhalts der 12 Tafeln. Bekannt sind etwa 100 Fragmente, aus denen zuerst Jacobus Gothofredus (1616), später Dirksen (1824), zuletzt Schöll (1866) eine Wiederherstellung versucht haben. Diese Bearbeiter gehen davon aus, daß jedes Buch des Kommentars des Gajus 2 Tafeln umfaßt. Sie verteilen hiernach die Rechtsgebiete in folgender Weise auf die einzelnen Tafeln: 1. und 2. Civilprozeß; 3. Schuldrecht; 4. Familienrecht; 5. Erbrecht; 6. Eigentum; 7. Nachbarrecht; 8. Verbrechen; 9. 10. Öffentliches Recht; 11. 12. Ergänzungen. Fest steht hiervon nur auf Grund einer Äußerung Ciceros (de legibus 2, 4, 9), daß die ersten Worte des Gesetzes sich auf den Beginn des Civilprozesses bezogen (Si in ius vocat ito, usw.).

Sicherlich hat griechisches Recht auf die Zwölftafelgesetzgebung eingewirkt, in welchem Umfang, ist zweifelhaft. Die Sprache ist kurz, klar und befehlend.

Nach Rechtsgebieten eingeteilt sind die bekanntesten Grundsätze der 12 Tafeln:

Öffentliches Recht. 1. Todesurteile gegen römische Bürger können nur in den Centuriatkomitien (nicht auch in den Tributkomitien, vgl. oben S. 62, 65) erlassen werden: De capite civis nisi per maximum comitiatum ne ferunto. 2. Verbot der Ausnahmegesetze: Privilegia ne irroganto. 3. Beim Prozeß über die Freiheit eines Menschen ist dieser während der Dauer des Rechtsstreits in Freiheit zu belassen: Vindicias dato secundum libertatem. Hiergegen soll Appius Claudius im Prozesse der Virginia (S. 54) gehandelt haben, D. 1, 2, 2, 24. — 4. Hominem mortuum in urbe ne sepelīto neve urīto.

Privatrecht. 1. Aus dem Sachenrecht. Ersitzung: bei fremden Grundstücken macht zweijähriger, bei beweglichen

Sachen einjähriger Besitz den Besitzer zum Eigentümer: Usus auctoritas fundi biennium est, ceterarum rerum annus (unten § 124 b 1). Über den Satz: adversus hostem aeterna auctoritas vgl. § 37 c 3. 2. Aus dem Schuldrechte. *α.* Die neben mancipatio und nexum erfolgenden mündlichen Abreden (nuncupatio) sind bindend (§ 31): Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto. *β.* Bei Körperverletzungen gilt das Talionsprinzip (Vergeltung einer Handlung durch eine gleiche): Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto. 3. Aus dem Familienrechte. Wenn ein Vater dreimal seinen Haussohn veräußert, so erlischt seine väterliche Gewalt: Si pater filium ter venumduit, filius a patre liber esto. 4. Aus dem Erbrecht. *α.* Gewährleistung der Freiheit des letzten Willens: Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto. *β.* Gesetzliche Erbfolgeordnung mangels einer letztwilligen Verfügung (Sui, agnati, gentiles): Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto; si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento. 5. Die den Civilprozeß betreffenden Bestimmungen vgl. im Civilprozeß (Legisaktionenverfahren).

Von den späteren nicht sehr zahlreichen (§ 31) Gesetzen privatrechtlichen Inhalts sind hervorzuheben: die lex Aquilia (287 v. Chr.?, ein Plebiszit) über die Verpflichtung wegen Sachbeschädigung (unten § 114 b 3); die lex Cincia (204 v. Chr.), bekannt geworden durch die vatikanischen Fragmente (S. 128), über Schenkungen (unten § 92 b 1); die lex Atinia (196 v. Chr.?) de aeterna auctoritate furtivae rei (unten § 124 c 1); die lex Atilia (188 v. Chr.), durch welche die obrigkeitliche Ernennung des Vormunds eingeführt wurde; die lex Plaetoria (186 v. Chr.), durch welche der Begriff der Minderjährigkeit geschaffen wurde (unten § 44 b 1); die lex Acilia (repetundarum, 123 v. Chr.) über das Verfahren in den quaestiones perpetuae (unten § 33 b 1 *β*); die leges de sponsu (unten § 107[4]): lex Apuleia (390 v. Chr.?), Publilia Philonis (383 v. Chr.), Furia (de sponsu, 345 v.

Chr.?), Cicereia (173 v. Chr.?), Cornelia (88 v. Chr.); die lex Voconia (169 v. Chr.) über die Beschränkung der Erbfähigkeit der Frauen und die lex Falcidia (40 v. Chr.) über die Freilassung eines Viertels der Erbschaft von Legaten (quarta Falcidia), über die im Erbrecht zu sprechen ist. Den Civilprozeß betreffen die leges Pinaria (Ernennung von Einzelrichtern), Poetelia (Milderung der Zwangsvollstreckung), Aebutia (Verfahren per formulas), vgl. unten § 32, das Eherecht ordnet die lex Iulia et Papia Poppaea (4—9 n. Chr.).[5])

e. Originalüberlieferungen von Gesetzen:

1. Aus der Zeit der Republik:

α. Tabula Bantina, gefunden 1790 bei Bantia (Unteritalien). Inhalt: Vorderseite anscheinend Schlußsanktion einer lex repetundarum; Rückseite: Bruchstück einer lex municipalis für Bantia.

β. Tabula Heracleensis, 3 Tafeln gefunden 1732 und 1735 bei Heraklea am Meerbusen von Tarent. Inhalt zweier Tafeln: Städteordnung, von Savigny als Teil der lex Iulia municipalis (S. 81) festgestellt.

γ. Lex Rubria de Gallia Cisalpina, gefunden 1760 in den Ruinen von Veleja (beim heutigen Piacenza).

---

[5]) Gleich den zwölf Tafeln wird auch dieses Gesetz schlechthin als lex bezeichnet. Es zerfällt in zwei Teile: a. die pars nuptiaria, b. die pars caducaria. Der erste Teil enthält Bestimmungen über die Beförderung der Eheschließung und Kindererzeugung. Alle Männer von 20—60 und alle Weiber von 18—50 Jahren sollen in einer Ehe oder wenigstens in einer dauernden Geschlechtsgemeinschaft (concubinatus) leben. Caelibes (Unverheiratete) und Orbi (Kinderlose) werden im öffentlichen und privaten Rechte zurückgesetzt. Im zweiten Teile werden die caelibes für incapaces erklärt, d. h. das ihnen in einem Testamente Zugewendete wird hinfällig (caducum) und gebührt den in dem Testamente bedachten, mit Kindern gesegneten Familienvätern, in Ermangelung solcher dem Fiskus. Orbi sind zur Hälfte incapaces. Das Maß der Kapazität unter Ehegatten hängt von der Anzahl ihrer Kinder ab. Das Nähere gehört in das Erbrecht. — Versuche zur Wiederherstellung der lex Iulia et Papia Poppaea wurden von Jakob Gothofredus 1617 und Heineccius 1731 unternommen.

Inhalt: Gerichtsordnung (von 49—42 v. Chr.), insbesondere Feststellung der Zuständigkeit der Munizipalmagistrate für Prozesse bis 15000 HS.

δ. Fragmentum Atestinum, gefunden 1880 im Gebiete von Ateste (heute Este, Oberitalien). Inhalt wie bei der lex Rubria, jedoch mit Zuständigkeit der Munizipalmagistrate bis höchstens 10000 HS.

ε. Lex repetundarum, bekannt geworden 1621. Inhalt, Vorderseite: die lex Acilia repetundarum (123 v. Chr.), früher irrtümlich für die lex Servilia (111 v. Chr.) gehalten. Rückseite: von Mommsen als die letzte, die Gracchischen Reformen beseitigende lex agraria von 111 (S. 99[4]) festgestellt, früher als die lex Thoria von 118 v. Chr. angesehen.

ζ. Lex coloniae Genetivae s. Ursonensis, gefunden 1870/74 in Andalusien. Inhalt: lex data zur Einrichtung einer von Antonius 44 v. Chr. an Stelle des zerstörten Urso gegründeten Kolonie.

2. Aus der Kaiserzeit:

α. Ein Stück der lex de imperio Vespasiani von 69 v. Chr. (S. 84), gefunden in Rom im 14. Jahrhundert.

β. Leges Flaviae Salpensana et Malacitana, gefunden 1851 bei Malaga in Spanien. Inhalt: Gemeindeordnungen (leges datae unter Domitian 82—84 v. Chr.) für die Städte Salpensa und Malaca, wichtig für die Kenntnis der Verfassung der latinischen Munizipien.

γ. Lex metalli Vipascensis, gefunden 1876 in Portugal. Inhalt: Bergwerksordnung, interessant wegen der nur vom Fiskus zu erwerbenden Gewerbemonopole, durch welche der Berechtigte für den Bergwerksbezirk ein Verbietungsrecht (Bannrecht) gegen alle das gleiche Gewerbe Betreibenden erhält.

δ. Tabulae honestae missionis; das sind Kupferdiptychen[6]), Auszüge aus der lex data zu Gunsten der

[6]) Römisches Urkundenwesen.

Als Material dienten ursprünglich mit Wachs ausgegossene Holztafeln (tabulae ceratae), in welche mit dem stilus geritzt wurde;

Veteranen einer Legion, durch welche ihnen besondere Vergünstigungen zugesichert wurden (connubium oder Civität).

---

sie wurden zu zweien (diptychae) oder dreien (triptychae) mittels eines Drahtfadens, der durch Löcher auf dem erhöhten Rande gezogen wurde, zusammengeheftet, sodaß sie wie ein Buch aufgeklappt werden konnten. Geschrieben wurde nicht wie heute quer, sondern parallel zur Längsseite. Bei den für Rechtsgeschäfte üblichen Triptychen wurde der maßgebende Text (zB. das Testament) auf die Innenseite der beiden vorderen Tafeln geschrieben (interior scriptura). Diese wurden dann mit einem durch Randlöcher gezogenen leinenen Faden (linum) umwickelt, dessen Enden auf der Außenseite angesiegelt wurden. Jeder der vorhandenen Solennitätszeugen drückte auf das linum sein Siegel unter Beischreibung seines Namens (superscriptio, verschieden davon ist die innen unter der Verhandlung erfolgende subscriptio). Wesentlich waren hierbei die Siegel, sodaß die Namen auch von fremder Hand geschrieben sein konnten; dagegen nahmen signa turbata und linum incisum der Urkunde die Beweiskraft. Wollte man sich die Kenntnis des Urkundeninhalts für die Folgezeit ermöglichen, so fügte man auf der Innenseite der (offen bleibenden) dritten Tafel eine Abschrift (exterior scriptura) hinzu. Diese Art des Verschlusses ist durch ein Senatskonsult unter Nero angeordnet. In späterer Zeit bildete Papyrus (carta) und Pergament (membrana) das Material, auf welchem mit schwarzer Tinte (vom Kaiser mit roter, sacrum encaustum, S. 92) geschrieben wurde.

Mit dem Material änderte sich auch die Art der Beurkundung. Während nämlich früher die Urkunde (cautio) die Form eines Zeugenprotokolls über die Erklärungen des Ausstellers der Urkunde hatte (zB. lautete die cautio über eine vollzogene Stipulation: eaque ita dari fieri stipulatus est P. Maevius, spopondit L. Titius), also in der dritten Person abgefaßt war (wie die deutschrechtliche notitia, D. § 45 a), von dem Erklärenden daher auch nicht unterschrieben zu werden brauchte: kam in der Kaiserzeit das chirographum auf, d. h. ein (der deutschrechtlichen carta entsprechendes) in der ersten Person abgefaßtes, eigenhändig geschriebenes oder mit einem ganzen, das Geschäft wiedergebenden Satz, unterschriebenes Schriftstück (vgl. zB. D. 12, 1, 40). Vgl. D. § 45 a.

Die wichtigsten der im Original überlieferten Urkunden, welche als Erkenntnisquellen des Rechts hohe Bedeutung haben, sind a. über Rechtsgeschäfte: Tabula Baetica, ein Formular zu einer mancipatio nummo uno fiduciae causa (Pfandbestellung), gefunden 1867 am Flusse Betis (Guadalquivir) in Andalusien; Schenkungsurkunde des Flavius Syntrophus; die „Siebenbürgischen Wachstafeln", Triptychen aus den Jahren 131—167 n. Chr. mit Urkunden über Darlehen, Sozietät usw., gefunden 1786—1855 in Bergwerken; vor allem aber die „Apochae Pompeianae", im Hause des L. Cäcilius Jucundus

§ 17. Senatus Consulta.

Zur Zeit der Republik hatte der Senat gesetzgeberische Befugnisse nur in Religionssachen (SC. de Bacchanalibus S. 107) und bei Verwaltung der Provinzen; außerdem stand ihm das Recht der Gesetzesauslegung und der Befreiung von einzelnen Gesetzen zu. In der Kaiserzeit dagegen wurde der Senat in allen Beziehungen als gesetzgebende Körperschaft anerkannt, wenn auch zögernd (G. 1, 4: SC. est quod senatus iubet atque constituit, idque legis vicem obtinet, quamvis fuerit quaesītum). Das älteste bekannte Recht schaffende Senatskonsult ist das SC. Silanianum (Behandlung der Sklaven eines Ermordeten).

Seit Tiberius ersetzen die Senatsschlüsse die leges. Beantragt wurden sie entweder von einem mit dem ius referendi ausgestatteten Beamten (S. 85) oder vom Prinzeps, welcher seine Vorlage (oratio) durch einen „quaestor candidatus principis" verlesen ließ. Mit dem Wachsen der Macht des Prinzeps sank die Zustimmung des Senats zu der oratio derart zu einer Form herab, daß häufig die oratio an Stelle des dieselbe zum Gesetz er-

---

in Pompeji 1875 aufgefundene Quittungen, insbesondere über Auktionserlöse, aus dem ersten Jahrhundert n. Chr.; das (auf Marmor eingegrabene) testamentum Dasumii (108 n. Chr.), bemerkenswert wegen der vielen — sechs — Substitutionen; die in Ravenna aufgefundenen Testamentsurkunden mit dem Eröffnungsprotokolle (474 n. Chr.), nach dem die Zeugen erklärten: in hac voluntate interfui, agnosco anuli mei signaculum et superscriptionem meam, sed et intrinsecus subscripsi; b. Vereinsstatuten (leges), zB. einer Sterbekasse in Lanuvium: lex collegii funeraticii Lanuvini (133 n. Chr.); c. Prozeßurkunden, zB. die lis fullonum (244 n. Chr.), Akten über einen Prozeß zwischen dem Fiskus und der Walkerinnung in Rom über Entrichtung von Zins für die Benutzung einer öffentlichen Wasserleitung; die Sententia Minuciorum, Entscheidung römischer Kommissarien (der Brüder Q. und M. Minucius Rufus, 117 v. Chr.) in einem Grenzstreite zwischen Genua und der Nachbargemeinde der Viturier. — Erwähnenswert sind auch die mehrfach erhaltenen laudationes funebres (Grabreden), zB. auf zwei Frauen: die Turia und die Murdia; erstere Rede handelt u. a. von einer coemptio fiduciae causa, die zweite von einer partitio legata.

hebenden Senatsschlusses als Rechtsquelle angegeben wird, zB. die Oratio Severi von 195 n. Chr., betr. das Verbot der Veräußerung von Mündelgrundstücken (praedia rustica und suburbana) ohne vormundschaftsrichterliche Erlaubnis; die Oratio Severi et Antonini (Caracallae) 206 n. Chr., nach welcher die sonst nichtigen Schenkungen unter Eheleuten durch den Tod des Schenkers gültig werden sollen. Hierin liegt der Übergang zur selbständigen Rechtsschaffung der Kaiser (§ 18).

Benannt werden die SC. meist nach dem Antragsteller unter Verlängerung seines Gentilnamens, zB. SC. Velleianum — der Konsul hieß Velleius — von 46 n. Chr. über das Verbot der Bürgschaftsübernahme durch Frauen, SC. Iuventianum über den Umfang und die Zulässigkeit der Erbschaftsklage, so benannt nach P. Juventius Celsus, Konsul 129 n. Chr., in den Quellen allerdings nicht so bezeichnet (D. 5, 3, 20, 6), SC. Libonianum (16 n. Chr.) gegen Erbschleicherei, SC. Tertullianum unter Hadrian, durch welches die Mutter gegenüber ihren Kindern, und SC. Orphitianum (178 n. Chr.), durch welches diese gegenüber der Mutter ein gesetzliches Erbrecht erhielten, SC. Trebellianum (62 n. Chr.) und Pegasianum (75 n. Chr.) über die Behandlung der Universalfideikommisse. Zuweilen werden sie nach dem Kaiser benannt: zB. SC. Neronianum, über die Milderung der Unterschiede der Legatsformen, SC. Claudianum von 52 n. Chr., wonach eine Freie, welche sich einem fremden Sklaven ergibt, nach dreimaliger vergeblicher Abmahnung mit ihrem Aktivvermögen dem Herrn des Sklaven zugesprochen wird. Ein Senatsschluß ist nach dem ihn veranlassenden Falle, der occasio legis (S. 29), bezeichnet: SC. Macedonianum unter Vespasian über die Darlehensunfähigkeit der Haussöhne, veranlaßt durch den Vatermord des von Wucherern bedrängten Haussohns Macĕdo (D. 14, 6, 1, unten § 95 b).

Im Original erhalten sind u. a. das SC. de Bacchanalibus von 186 v. Chr. über die Ordnung des Bacchusdienstes, auf einer Bronzetafel gefunden 1640 in Bruttium; SC. Hosidianum und Volusianum (41

und 56 n. Chr.), betr. das Verbot des Verkaufs von Häusern zum Abbruche, gefunden 1600 in Herkulanum auf einer inzwischen wieder verschollenen Kupfertafel.

§ 18. Constitutiones Principum.

a. Allgemeines.

1. In der dritten Periode traten die Kaiser, da sie bestrebt waren, plötzliche Umwälzungen zu vermeiden (S. 84), zunächst noch nicht als unmittelbare Gesetzgeber auf, bedienten sich vielmehr der Komitien und später des Senats (S. 86). Im dritten Jahrhundert dagegen galt bereits als unbestrittener, aus der lex de imperio (S. 84) hergeleiteter Grundsatz: Quod principi placuit, legis habet vigorem (D. 1, 4, 1, pr.).

Die vom Kaiser ausgehenden constitutiones zerfallen ihrer Veranlassung nach in edicta, mandata, decreta, rescripta.

α. Edicta sind allgemeine, vom Kaiser auf Grund seines imperium und des darauf beruhenden ius edicendi erlassene und öffentlich bekannt gemachte Gesetze, welche sich von den Edikten der republikanischen Beamten (§ 19) dadurch unterscheiden, daß sie nicht, wie diese, nur für bestimmte Gebiete, sondern für das ganze Reich Geltung haben. Zweifelhaft ist es, ob sie nur während der Regierungszeit des edizierenden Kaisers (wie die magistratischen Edikte) oder dauernd in Kraft blieben. Berühmt sind die Edikte von Augustus und Claudius: ne feminae pro viris suis intercederent (D. 16, 1, 2, pr., unten § 44 b 3); von Nerva: ne post quinquennium mortis cuiusque de statu quaeratur (D. 40, 15, 4, unten § 57 a 1).

β. Mandata sind Dienstvorschriften des Kaisers für die Beamten, insbesondere die Provinzialstatthalter, welche zwar nur für die Amtsdauer des betreffenden Beamten Geltung hatten, aber bezüglich gewisser ständiger Teile legis vicem erhielten. Ein solcher unveränderlicher Bestandteil des liber mandatorum war zB. seit Trajan das

caput ex mandatis (D. 29, 1, 1, pr.): ut quoquo modo (milites) testati fuissent, rata esset eorum voluntas.

γ. Decreta sind Urteile, welche der Kaiser entweder in den extra ordinem in erster Instanz vor ihn gebrachten Prozessen oder auf Appellation fällt. Unmittelbar maßgebend waren die Dekrete zwar nur für den entschiedenen Fall. Insofern sie aber allgemein gültige Grundsätze aufstellten, gewannen sie eine gesetzesgleiche Autorität und wurden auch in ähnlichen Fällen angewandt. Berühmt ist zB. das decretum divi Marci (von Mark Aurel), nach welchem der Gläubiger, welcher zu seiner Befriedigung dem Schuldner im Wege der Selbsthülfe Sachen fortnimmt, sein Forderungsrecht verliert (unten § 59 b).

δ. Rescripta sind allgemeine Antworten des Kaisers auf an ihn gerichtete Gesuche. Handelt es sich nur um eine für eine bestimmte Person gewährte Vergünstigung (wie zB. bei der legitimatio per rescriptum principis eines unehelichen Kindes, bei der Erteilung der venia aetatis, d. h. der Volljährigkeitserklärung eines minor XXV annis, unten § 44 b 1), so kann von der Anwendung eines solchen rescriptum gratiae auf fernere Fälle nicht die Rede sein. Auch die auf preces einer Partei oder relatio ante sententiam eines Richters ergehenden Prozeßreskripte (rescripta iustitiae) hatten an sich nur für den einzelnen Fall, vorbehaltlich der exceptio sub- et obreptionis, verbindliche Kraft. Stellte das Reskript jedoch einen allgemeinen Rechtsgrundsatz fest (rescriptum generale), so wurde es wie ein Gesetz auch fernerhin zur Anwendung gebracht. Auf den Reskripten beruht seit dem vierten Jahrhundert fast die gesamte Rechtsentwickelung. Sie wurden im consilium principis (S. 89), dessen Mitglieder seit Hadrian als consiliarii Augusti fest angestellt waren, und dem auch die praefecti praetorio (S. 88) angehörten, beraten. Die preces von Privaten wurden durch einen kurzen Vermerk am Rande (adnotatio) oder am Schlusse (subnotatio) des „urschriftlich" zurückgehenden Bittgesuchs, die relationes einer Behörde durch eine besondere epistola beantwortet. Alle Reskripte werden in commentarii gesammelt, aber nicht

veröffentlicht (ähnlich wie die päpstlichen Erlasse, Regesta, D. § 60 c 1). Die Reskripte beginnen meist mit dem Namen des Kaisers im Nominativ und dem des Adressaten im Dativ, zuweilen mit hinzugefügtem „salutem“ (inscriptio). Dann folgt der Text, endlich die „subscriptio“ des Kaisers („rescripsi“, „vale“) und die des ausfertigenden Kanzleibeamten („recognovi“) unter Angabe von Zeit und Ort des Erlasses („datum . . . . .“), vgl. zB. Const. Deo auctore C. 1, 17, 1.

Berühmte, neues Recht schaffende Reskripte sind zB.: die epistola Hadriani (I. 3, 20, 4), durch welche das beneficium divisionis für Mitbürgen eingeführt wurde (unten § 107 d 3); das Reskript Mark Aurels (I. 4, 6, 30), welches die Kompensation auch bei stricti iuris iudicia, d. h. ex dispări causa, zuließ (unten § 81 a). — Über die formae (*τύποι*) der praefecti praetorio vgl. S. 88; den bestehenden Gesetzen durften die formae nicht zuwiderlaufen.

2. In der vierten Periode ist der Kaiser alleiniger Gesetzgeber. Allgemeine Gesetze (leges generales) werden durch leges edictales (gerichtet an den Senat — die frühere oratio — oder einen hohen Beamten) eingeführt, welche nach der Reichsteilung (S. 91[1]) dem anderen Regenten häufig (zB. unter Theodosius II. und Valentinian III.) zur Veröffentlichung zugesandt wurden. Die Benutzung der Prozeßreskripte als allgemeiner Gesetze wird dagegen eingeschränkt, da durch die ungeheure Masse derselben (von Diokletian allein sind 1300 bekannt) eine große Rechtsunsicherheit herbeigeführt war, insbesondere weil die Reskripte vielfach nicht erkennen ließen, ob sie als personalia oder generalia gemeint waren. Daher erklärte Konstantin die gegen bestehendes Recht ergangenen Reskripte in ferneren Fällen für unanwendbar. Arkadius verbot 398 n. Chr. überhaupt die Verwendung von Prozeßreskripten für andere Prozesse, aber ohne durchgreifenden Erfolg, bis Justinian endlich das ganze Prozeßreskriptverfahren aufhob, indem er anordnete, daß die Richter nach den leges generales entscheiden sollten. Nur eine vom Kaiser selbst in Gegenwart der Parteien erlassene Entscheidung sollte Gesetzeskraft haben, und die in Kaiser-

konstitutionen sich findenden Interpretationen von Gesetzen sollten authentische sein, d. h. mit den Gesetzen gleiche Kraft haben (S. 29).

Eine besonders feierliche, einer lex generalis nahekommende Art einer epistola ist die sanctio pragmatica, welche in Angelegenheiten von öffentlichem Interesse (πραγμα) erlassen wird, zB. die Sanctio pragmatica pro petitione Vigilii (s. u.), durch welche die justinianische Gesetzgebung 554 n. Chr. in Italien eingeführt wurde[1]).

b. Im Original erhalten sind von Kaiserkonstitutionen nur wenige Bruchstücke, darunter ein Edikt Augusts über die Wasserleitung in Venafrum (Samnium), von Mommsen auf einem Marmorstein gefunden; ein edictum Diocletiani de pretiis rerum venalium von 301 n. Chr., enthaltend einen Maximaltarif für Waren und Arbeitslöhne. Zahlreiche Konstitutionen sind uns durch den Codex Iustinianeus erhalten, welcher sich wieder stützt auf die

c. Konstitutionensammlungen.

1. Die älteste bekannte ist die des Papirius Iustus unter Mark Aurel, eine Privatsammlung in 20 Büchern. Aus ihr finden sich 16 Stellen in Justinians Pandekten.

2. Der Codex Gregorianus, gleichfalls eine Privatsammlung (eines Gregorius oder Gregorianus?), enthält Konstitutionen aus den Jahren 196—295 n. Chr. und ist unter Diokletian verfaßt.

3. Der Codex Hermogenianus, ebenfalls eine Privatsammlung (eines Hermogenes oder Hermogenianus?), enthält Konstitutionen aus den Jahren 291—295 und 364

---

[1]) Pragmatische Sanktion nennt man in neuerer Zeit das eine Staatsangelegenheit ordnende Grundgesetz. Am berühmtesten sind die PS. von 1269 und 1438, welche die Unabhängigkeit der französischen (gallikanischen) Kirche vom päpstlichen Stuhle feststellten (D. § 25[12]), sowie die Pragm. Sanktion Kaiser Karls VI. von 1724, nach welcher die österreichischen Lande stets ungeteilt bleiben und beim Mangel männlicher Nachkommen auf die weiblichen Nachkommen des Kaisers (Maria Theresia) sich vererben sollten (vgl. D. § 3[1]).

bis 365 n. Chr. und scheint im letzteren Jahre veröffentlicht worden zu sein.

Von beiden codices sind keine Originalhandschriften, sondern nur Auszüge in den Fragmenta Vaticana (S. 128), in der Collatio (S. 128) und dem Papian (S. 129) und im Codex Iustinianeus erhalten.

4. Der Codex Theodosianus ist die erste amtliche Sammlung der Konstitutionen von Konstantin ab, begonnen auf Veranlassung von Theodosius II. 429 n. Chr. zwecks Beseitigung der durch die Masse der Reskripte hervorgerufenen Rechtsunsicherheit; vollendet und im Einverständnisse mit Valentinian III. in beiden Reichshälften verkündet 438, mit Gesetzeskraft vom 1. Januar 439. Erhalten ist das Protokoll über die Verkündung im Senat von Rom. Der Codex Theodosianus zerfällt in 16 Bücher. Diese sind in Titel eingeteilt, in welchen die Konstitutionen (auch die später beseitigten) der Zeitfolge nach geordnet sind.

Der C. Th. ist im Cod. Iust. vielfach benutzt und im Auszug im Breviarium (S. 129), aber auch durch selbständige, freilich lückenhafte Handschriften erhalten. Die berühmteste Ausgabe ist von Jakobus Gothofredus (1665) veranlaßt worden. Sie enthält außer dem Texte: Prolegomena (allgemeine Abhandlungen über Entstehung und Inhalt), Paratitla (Inhaltsangabe der Titel), Summae (Inhaltsangabe der einzelnen Konstitutionen) und einen berühmten Kommentar. Die Bücher 1—5 des C. Th. enthalten Privatrecht unter Voranstellung des Ediktsrechts, 6—15 öffentliches Recht, Buch 16 Kirchenrecht.

5. Novellae Theodosianae et Posttheodosianae nennt man die nach 438 neu (novella) erlassenen Konstitutionen, welche die Beherrscher der Reichshälften einander zur Veröffentlichung zusandten. Eine amtliche Sammlung derselben ist nicht erhalten, dagegen ist im Breviarium (S. 129) ein Auszug aus einer Privatsammlung der im Occident geltenden Novellen überliefert.

6. Constitutiones Sirmondi nennt man nach dem ersten Herausgeber Jakob Sirmond (1631) eine

Sammlung von 18 kirchenrechtlichen Konstitutionen, welche einigen Handschriften des Cod. Theod. angehängt ist.

Über die Verarbeitung von Konstitutionen in Juristenschriften vgl. S. 121 ff.

§ 19. Edicta Magistratuum.

Wie weiter unten (§ 32) auszuführen ist, hat den Jurisdiktionsmagistraten jede gesetzgeberische Befugnis gemangelt: Praetor ius dicere potest, facere non potest. Trotzdem beruht (unten § 31) fast die gesamte Rechtsentwickelung der zweiten Periode, die auf eine Milderung, eine Art Modernisierung des starren Zwölftafelrechts hinausläuft, auf der Rechtsübung, insbesondere seitens der Prätoren und der kurulischen Ädilen. Diese Tatsache wird nur durch eine Einrichtung erklärlich, welche es ermöglicht hat, daß trotz des jährlichen Wechsels der Magistrate eine gleichförmige Rechtsprechung gesichert wurde: durch das Edikt.

Die für die Rechtspflege bestellten Magistrate hatten das ius edicendi, d. h. die Befugnis, bei Antritt ihres Amts durch ein edictum in einer contio die Grundsätze bekannt zu machen, nach welchen sie die Rechtspflege handhaben wollten. Das mündlich verkündete Edikt, insbesondere das der Prätoren, wurde außerdem auf weiße Tafeln (daher album praetoris) mit schwarzen Lettern und roten Titelüberschriften (daher rubricae) geschrieben und öffentlich (unde de plano recte legi posset) aufgestellt. Dieses beim Amtsantritte veröffentlichte Edikt hieß edictum perpetuum, im Gegensatze zu den edicta repentina, den im Laufe des Amtsjahrs durch einen einzelnen Fall (prout res incidit) veranlaßten einzelnen Dekreten. Ein solches bildete zB. das edictum si quis omissa causa testamenti, das die Vermächtnisnehmer gegen Erben schützte, welche die testamentarische Erbfolge ausschlagen, um den Nachlaß frei von Vermächtnissen als gesetzliche Erben zu erlangen.

Rechtlich war der Magistrat an die Edikte seiner Amtsvorgänger nicht gebunden: aber er hütete sich vor überstürzten Neuerungen, einmal, weil dadurch leicht die Interzession

eines Kollegen oder Volkstribunen (S. 78) herausgefordert wurde, andererseits, weil die neuaufgestellten Grundsätze später gegen den Edizenten selbst verwendet werden konnten (s. u.). Vielmehr entnahm jeder Magistrat dem Edikte seines Vorgängers diejenigen Teile, welche sich in der Praxis bewährt hatten. Dieser immer wieder übernommene Edikt-stamm hieß edictum tralaticium, im Gegensatze zu den nova edicta, novae clausulae des Amtsinhabers. Wenngleich daher nach dem eingangs erwähnten Grundsatze von einer Rechtsschaffung durch die Jurisdiktionsmagistrate nicht die Rede war (was Cicero in Verrem I, 42, 109 mit den Worten kennzeichnet: „qui plurimum tribuunt edicto, legem annuam esse dicunt"), so war doch die Übernahme des größten Teils des Edikts durch den Amtsnachfolger etwas derart Selbstverständliches, daß das edictum im letzten Jahrhundert v. Chr. als ebenbürtige Rechtsquelle (ius honorarium) neben den leges (ius civile) erscheint. Über das Verhältnis der beiden Rechtsquellen vgl. oben S. 19 und unten § 31.

Anfänglich gebot nur die Sitte, daß der Edizent selbst sich während seines Amtsjahrs an sein edictum perpetuum hielt. Durch eine lex Cornelia von 67 v. Chr. wurde dagegen mit Rücksicht auf die eingerissene Zügellosigkeit[1]) und darauf, daß die edicta perpetua sich zu einer ständigen Einrichtung entwickelt hatten, gesetzlich festgestellt: ut praetores ex edictis suis perpetuis ius dicerent.

Entsprechend der Entstehung des Edikts aus der Rechtsübung und gemäß der römischen Anschauung von dem Verhältnisse des materiellen Rechts zum Prozesse, bestand das Edikt nicht aus Rechtsgrundsätzen, sondern war eine Aneinanderreihung von formulierten Rechtsschutzmitteln (actiones, exceptiones, interdicta), deren Gewährung der Magistrat unter gewissen Voraussetzungen versprach: „actionem dabo", „in integrum restituam" usw.

Schon zu Ciceros Zeit war die Hauptmasse des Rechtsstoffs ius honorarium, vorwiegend beruhend auf den Edikten

[1]) Ein Hauptvorwurf Ciceros gegen Verres war, daß dieser „aliter atque ut edixerat decrevisset".

des praetor urbanus und des praetor peregrinus, welchen die Edikte der Provinzialstatthalter nachgebildet waren. Das Edikt der kuruliſchen Ädilen war wegen ihres beſchränkten Geſchäftskreiſes weniger erheblich, vgl. jedoch über die ihm entſtammenden „ädiliziſchen Klagen" S. 79. Einzelne Ediktsformulare wurden nach ihrem Urheber benannt, zB. die formula Octaviana (actio quod metus causa, unten § 46 b), die actio Publiciana (Schutzklage des Erſitzungsbeſitzers, unten § 131), die actio Serviana (Klage des Pfandgläubigers, unten § 140 b).

Zum prätoriſchen Edikt erſchienen im letzten Jahrhundert der Republik auch Kommentare, zuerſt von Servius Sulpicius, dann von Cäſars Freund Oſilius, ſpäter von Labeo und Sabinus. Von dieſen Kommentaren iſt jedoch nichts auf uns gekommen.

Eine amtliche Redaktion des im weſentlichen ſchon feſtſtehenden Edikts nahm auf Veranlaſſung Hadrians 131 n. Chr. Salvius Iulianus (S. 123), „legum et edicti perpetui subtilissimus conditor," wie ihn Juſtinian in der const. Tanta (C. 1, 17, 2, 18) nennt, vor. Dieſe durch ein SC. beſtätigte und ſo als Geſetz gegen fernere Abänderung geſchützte Ediktskodifikation erhielt nunmehr in anderem Sinn als das alte Edikt den Namen Edictum perpetuum. Sie bildete die Grundlage der Kommentare des Pomponius, Gajus, Ulpian und Paulus, aus welchen der als Ediktsmaſſe („E.", § 24 a) bezeichnete Teil der Digeſten Juſtinians geſchöpft iſt. Dieſe Kommentare geben, da im Originale nichts erhalten iſt, den alleinigen Anhalt zur Wiederherſtellung des Edictum perpetuum, welche zuerſt Jakobus Gothofredus (1653), in neuer Zeit Rudorff (1869) und zuletzt Lenel („Edictum perpetuum", 1883) verſucht haben. Die Ordnung des Edikts iſt nach Lenel die eines Prozeſſes geweſen: es begann mit der Klageerhebung und ſchloß mit der Zwangsvollſtreckung. Die auf der iurisdictio (S. 73) und die auf dem imperium beruhenden Rechtsbehelfe ſind auseinander gehalten; die interdicta, exceptiones und stipulationes praetoriae ſind an den Schluß geſtellt. Zwiſchen der iurisdictio und dem imperium finden ſich vier,

eigentlich dem Civilrecht angehörige Rechtsgebiete: Dos, Tutel, Testament, Legat eingeschoben, welche später als „libri singulares“ (§ 24 c 2) eine Rolle gespielt haben. Auch hierdurch wurde die völlige Verschmelzung des ius civile und honorarium (S. 114) erleichtert. Wenn in den Digesten Justinians nach einem der Kommentare ein Satz des Edikts angeführt wird, so geschieht dies mit den Worten „Ait praetor“ (z.B. D. 4, 2, 1) oder „Verba edicti talia sunt“ (D. 4, 3, 1, 1).

Das ädilizische Edikt war dem Edictum perpetuum angehängt. Dagegen ist unaufgeklärt, ob dies nur das Edikt des städtischen oder auch das des Peregrinenprätors und das Edictum provinciale umfaßt hat. Gegen letztere Annahme spricht, daß noch Gajus (161 n. Chr.) einen Kommentar ad edictum urbicum und einen anderen ad edictum provinciale geschrieben hat (S. 124).

Von den späteren ergänzend (nicht abändernd) zum Edictum perpetuum hinzugefügten novae clausulae ist am bekanntesten die „nova clausula Iuliani de coniungendis cum emancipato liberis eius“, D. 37, 8, 3.

§ 20. Geschichte der römischen Rechtswissenschaft[1]) (Responsa Prudentium).

I. Die Zeit der Republik.

Die Tätigkeit der Juristen dieser Zeit — im Gegensatze zu den späteren „veteres“ genannt — äußerte sich im

---

[1]) Von den nichtjuristischen Schriftstellern, deren Werke für die Kenntnis des römischen Rechts von Bedeutung sind, sind zu merken:

a. Historiker: C. Iulius Caesar (100—44 v. Chr.; De bello Gallico, De bello civili); C. Sallustius Crispus (86—35 v. Chr.; Libri Historiarum, De bello Iugurthino, De coniuratione Catilinae); Polybius (204—122 v. Chr.; ἱστορία καθολική, römische Geschichte von 220—146); M. Terentius Varro (116—27 v. Chr.; Antiquitates rerum humanarum et divinarum); Titus Livius (59 v. Chr. bis 17 n. Chr.; römische Geschichte

respondere, cavere und agere und ſpäter in Schriften[2]). Respondere iſt die Erteilung einer Rechtsbelehrung auf

---

ab urbe condita bis 9 v. Chr.); Cornelius Tacitus (54 bis 120 n. Chr.; Germania oder De origine, situ, moribus ac populis Germanorum; Historiae, Geſchichte von 69—96 n. Chr.; Annales, eig. „Ab excessu divi Augusti", Geſchichte von 14—69 n. Chr.); C. Suetonius Tranquillus (70—140 n. Chr.; Vitae duodecim Caesarum, Julius Cäſar — Domitian); Dionysius von Halikarnaß (geſt. 7 v. Chr.; römiſche Geſchichte ab urbe condita bis zum erſten puniſchen Krieg in griechiſcher Sprache); Plutarchus (50—120 n. Chr.; 46 βίοι παράλληλοι von Griechen und Römern); Dio Cassius (geb. 155 n. Chr.; römiſche Geſchichte in griech. Sprache bis 229 n. Chr.); M. Aurelius Cassiodorus (geb. 468 n. Chr.); Procopius (etwa 530 n. Chr., Begleiter Beliſars, Verfaſſer der Ἀνέκδοτα od. Historia arcana, Geheimgeſchichte der Zeit Juſtinians, unten § 22[1]).

b. Rhetoren und Grammatiker: Marcus Tullius Cicero (106—43 v. Chr.; De legibus, De republica und Orationes, insbeſondere Pro Murena cap. 11 ff.); M. Fabius Quintilianus (42—118 n. Chr.; 12 Bücher De institutione oratoria); Verrius Flaccus (unter Auguſtus, Verfaſſer eines Feſtkalenders: Fasti Praenestini und eines antiquariſchen Wörterbuchs: De verborum significatu, von welchem Bruchſtücke, die Buchſtaben M bis V, in einer aus dem dritten Jahrhundert ſtammenden Bearbeitung des Sextus Pompeius Festus erhalten ſind); M. Valerius Probus (unter Nero, Verfaſſer des Buchs: De litteris antiquis, einer Erklärung der notae, juriſtiſcher Abkürzungen); Aulus Gellius (um 175 n. Chr.; Noctes Atticae mit wertvollen Notizen über Rechtsaltertümer).

c. Dichter: P. Virgilius Maro (70—19 v. Chr.); Q. Horatius Flaccus (65—8 v. Chr.); P. Ovidius Naso (43 v. Chr. bis 16 n. Chr.); D. Iunius Iuvenalis (47—121 n. Chr.).

[2]) Titel der juriſtiſchen Schriften: Institutiones (z. B. von Gajus, Paulus, Ulpian) ſind kurze Lehrbücher für den erſten Unterricht, ebenſo die Enchiridia (z. B. von Pomponius D. 1, 2, 2). Regulae, Definitiones, ὅροι ſind kurze Zuſammenſtellungen von Rechtsgrundſätzen. Opiniones, Sententiae, Pithana (letztere z. B. von Labeo) ſind für die Praxis beſtimmte Handbücher. Digesta ſind große Sammelwerke, meiſt nach dem Syſteme des Edikts. Responsa ſind Sammlungen von Entſcheidungen, Quaestiones (z. B. von Africanus) oder Disputationes theoretiſche Erörterungen über erfundene Rechtsfälle, hervorgegangen aus Beſprechungen des Lehrers mit ſeinen auditores. Epistolae ſind Sammelwerke von Briefen eines Juriſten, welche auf Anfragen (meiſt früherer Schüler) ergingen. Notae ſind Anmerkungen ſpäterer Juriſten zu dem Werk

Anfrage einer Person über einen praktischen Rechtsfall. An diese Tätigkeit knüpfte auch der erste Rechtsunterricht an, indem die veteres — nach Pomponius (D. 1, 2, 2, 38, vgl. S. 123) zuerst Tiberius Coruncanius, der erste plebejische Pontifex Maximus, S. 55 — auditores beim Respondieren zuließen, mit denen sie die verhandelten Prozesse oder auch erfundene Fälle besprachen (disputatio fori). Instituere bezeichnet die erste Einführung in die Rechtswissenschaft (daher „Institutionen"), instruere die weitere praktische Ausbildung. — Cavere bedeutet die Mitwirkung bei Rechtsgeschäften, insbesondere durch Abfassung von Urkunden (cautiones, „Kautelarjurisprudenz"). — Agere ist das Auftreten vor Gericht als Sachwalter einer Partei.

In einzelnen Familien — den Claudiern, Äliern, Catonen und Scävolern — wurde die Rechtswissenschaft besonders gepflegt. Berühmte Juristen aus der republikanischen Zeit sind:

a. Vor 200 v. Chr.: Papirius, der angebliche Verfasser des Ius Papirianum (S. 100), den Pomponius als ersten Rechtskundigen anführt; die beiden Appius Claudius (S. 53 und 63[7]), Cn. Flavius und S. Aelius (unten § 31).

b. Aus dem zweiten Jahrhundert v. Chr.: die beiden M. Porcius Cato, der ältere mit dem Beinamen Censorius, der jüngere, von welchem die regula Catoniana (unten § 49a) stammen soll, mit dem Beinamen Licianus (um 160 v. Chr.); Manius Manilius, welcher Formulare für Kaufgeschäfte, die von Cicero sogenannten Manilianae venalium vendendorum actiones, verfaßte.

c. Aus dem letzten Jahrhundert der Republik: Qu. Mucius Scaevola, gest. 82 v. Chr. (der Pontifex Maximus, zum Unterschiede von dem gleichnamigen Augur, dem ersten Lehrer Ciceros) wird von Pomponius als erster

---

eines älteren (vgl. das Kassiergesetz S. 126). Libri ad oder ex sind ausführliche Kommentare zu einem früheren Werk. Epitome (zB. Epitome Gaii, S. 126) ist ein kurzer Auszug aus einer vorhandenen Schrift.

Systematiker genannt. Seine Hauptwerke sind ein ius civile in 18 Büchern und ein liber singularis ὅρων (Definitionum), das älteste Werk, aus welchem sich (4) Fragmente in Justinians Digesten finden. In diesen ist er stets als „(Qu.) Mucius" bezeichnet, während mit „Scaevola" der unter Mark Aurel lebende Qu. Cervidius Scaevola, der Lehrer des Papinian und des Paulus (S. 125), gemeint ist. Von Qu. Mucius Sc. stammen die cautio Muciana (unten § 51 d 3) und die praesumtio Muciana (Vermutung für das Eigentum des Ehemanns, s. u.). — Von seinen auditores, zu denen auch Cicero gehörte, ist der berühmteste C. Aquilius Gallus, Prätor mit Cicero 66 v. Chr., Urheber der formula de dolo malo (unten § 46 a), der stipulatio Aquiliana (eines Formulars für eine Generalquittung in Form einer acceptilatio nach vorgängiger Umwandlung aller Forderungen in Stipulationsforderungen, unten § 73[12]) und der Erbeinsetzungsfähigkeit von nach dem Tode des Erblassers geborenen Enkeln (postumi Aquiliani, s. u.). Sein berühmtester Schüler ist Servius Sulpicius Rufus (vgl. D. 1, 2, 2, 43), in den Digesten „Servius" genannt, gest. 43 v. Chr., Verfasser des ersten Ediktkommentars. Er ist der Lehrer des Aulus Ofilius. Dieser wurde von Cäsar mit einer Kodifikation des Rechts betraut, welche aber infolge der Ermordung Cäsars unterblieb. Sein Schüler ist Capito (S. 122), während Labeo ein Schüler des C. Trebatius Testa ist, welcher in den Digesten häufig angeführt wird (zB. in der berühmten l. 3 § 5 D. 41, 2 über die gleichzeitige iusta und iniusta possessio, unten § 117[5]).

II. Die Juristen der Kaiserzeit.

a. Das ius respondendi. Die S. 117 erwähnten Prozeßgutachten (responsa) der Juristen gewannen je nach dem Ansehen des Respondenten eine gewisse tatsächliche Bedeutung, waren aber rechtlich weder für den gegenwärtigen Prozeß noch für die Folgezeit maßgebend. Zu einer wahren Rechtsquelle (Gaii Inst. 1, 7) wurden die responsa jedoch durch eine Einrichtung des Augustus. Dieser belieh einzelne

Juristen (iuris auctores s. conditores) mit dem ius respondendi ex auctoritate principis (vermutlich um auf diese Weise sich einen Einfluß auf die Rechtsentwickelung zu sichern) und bestimmte, daß die von den privilegierten („patentierten") Juristen schriftlich und versiegelt erteilten responsa für den fraglichen Rechtsstreit maßgebend sein sollten, vorausgesetzt natürlich (wie bei den Reskripten, S. 109), daß der dem responsum zu Grunde gelegte Tatbestand der Wahrheit entspräche. Widersprachen die responsa einander, so war — wie später Hadrian ausdrücklich bestimmte — der Richter an keins gebunden. Waren hiernach die responsa nur für einen einzelnen Fall von Bedeutung, so steigerte sich (gerade wie bei den rescripta, S. 109) ihr Ansehen doch allmählich derart, daß auch frühere, in den Juristenschriften (Responsensammlungen, oben S. 118) niedergelegte responsa wie Gesetze angewandt wurden. Die durch die große Fruchtbarkeit der juristischen Schriftsteller erzeugte Rechtsunsicherheit führte später (wie bei den Reskripten, S. 110) zu gesetzlichen Beschränkungen (Kassiergesetz, Citiergesetz, S. 126).

b. Die Rechtsschulen (Prokulianer und Sabinianer). Seit der Aufrichtung des Kaisertums bis in das dritte Jahrhundert n. Chr. scheiden sich die Juristen in zwei — in vielen einzelnen Punkten von einander abweichende — Schulen, welche an die Namen von Labeo und Capito anknüpfen, ihre Bezeichnung als Proculiani oder Pegasiani und als Sabiniani oder Cassiani jedoch von Nachfolgern der genannten Führer angenommen haben. Auf welchen allgemeinen Gesichtspunkt der Gegensatz der beiden sectae zurückzuführen ist, ist streitig. Pomponius stellt (D. 1, 2, 2, 47) den Gegensatz so dar: Ateius Capito in his, quae ei tradita fuerant, perseverabat, Labeo ingenii qualitate et fiducia doctrinae, qui et ceteris operis sapientiae operam dederat, plurima innovare instituit. Hieraus haben einige gefolgert, daß die Sabinianer sich mehr an den Buchstaben des Gesetzes gehalten, die Prokulianer einer fortschrittlichen Auffassung gehuldigt haben. Dem widerspricht jedoch die weitere Entwickelung, zB. die Tatsache, daß der

zweifellos einen Fortschritt bedeutende Satz „omnia iudicia esse absolutoria“ (§ 63[7]) von den Sabinianern herrührt. Andere wollen den Gegensatz als einen politischen (Sabinianer = Anhänger des Kaisertums, Prokulianer = Anhänger der Republik) oder philologischen (Sabinianer = Anomalisten, Prokulianer = Analogisten) hinstellen oder endlich ihn unter Verneinung jeder inneren Verschiedenheit auf das Bestehen zweier örtlich getrennter Rechtsschulen (stationes ius docentium) zurückführen, deren erste „Rektoren“ Labeo und Capito gewesen seien.

In die Digesten Justinians sind in der Regel die Meinungen der Sabinianer aufgenommen, seltener die der Prokulianer. Das letztere geschah jedoch zB. beim Tausche, den die Prokulianer als eigenen Innominatkontrakt, die Sabinianer als doppelseitigen Kauf auffaßten (D. 18, 1, 1, 1; unten § 91); bei der Bestimmung des Mündigkeitstermins (pubertas) für Knaben, welchen die Prokulianer auf die Vollendung des vierzehnten Jahrs setzten, während die Sabinianer auf die ex habitu corporis sich ergebende Geschlechtsreife sehen wollten (I. 1, 22, pr.; bei Mädchen wurde als Pubertätsgrenze die Vollendung des zwölften Jahrs von beiden Schulen anerkannt; unten § 44 b 1). Zuweilen (zB. bei der Spezifikation, I. 2, 1, 25) hat Justinian eine Mittelmeinung angenommen (unten § 125 c).

Die berühmtesten Mitglieder der beiden Schulen sind:

1. Proculiani oder Pegasiani.

a. Marcus Antistius Labeo[8]) unter Augustus, starrer Republikaner, hochbedeutend und vielseitig gebildet (D. 1, 2, 2, 47, oben S. 120). Er soll 400 libri hinterlassen haben, darunter Kommentare zu den zwölf Tafeln und zum prätorischen Edikt. Liber ist aber nicht etwa ein abgeschlossenes Werk, sondern bedeutet eine Papyrusrolle, welche etwa 1500 bis 2500 Zeilen zu 35 Buchstaben umfaßt.

---

[8]) Vgl. Pernice († 1901): „Marcus Antistius Labeo, das römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit.“

β. Seine successores waren: M. Cocceius Nerva (Großvater des Kaisers, gest. 33 n. Chr.); sein gleichnamiger Sohn („Nerva filius"); Sempronius Proculus (dessen Epistolae in den Digesten benutzt sind) und Pegasus (Urheber des SC. Pegasianum, S. 107) unter Vespasian, nach denen die Schule benannt ist; P. Iuventius Celsus, Vater und Sohn. Nach letzterem (Konsul 129 n. Chr.) ist das SC. Iuventianum (S. 107) benannt und die sog. condictio Iuventiana, (D. 12, 1, 32, unten § 45 b). Von ihm stammt auch die bekannte „Responsio Celsina"[4]). Sein in den justinianischen Digesten benutztes Hauptwerk sind 39 Bücher Digesta. Der letzte nachweisbare Prokulianer ist Neratius Priscus unter Trajan.

2. Sabiniani oder Cassiani.

α. C. Ateius Capito, serviler Anhänger des Augustus, weniger bedeutend als Labeo. Viel bedeutender ist sein successor, der der Schule den Namen gegeben hat:

β. Massurius Sabinus, unter Tiberius, aus dürftigen Verhältnissen hervorgegangen[5]), Verfasser der berühmten — dem Systeme des Mucius, S. 118, folgenden — Libri tres iuris civilis, welche mit den Kommentaren des Pomponius, Ulpian und Paulus (libri ex Sabino oder

---

[4]) In der D. 28, 1, 27 wiedergegebenen Stelle aus seinen Digesten erzählt Celsus von der Anfrage eines gewissen Domitius Labeo darüber, ob ein Testament gültig sei, bei welchem ein zum Schreiben hinzugezogener gleichzeitig als einer der sieben Testamentszeugen unterschrieben habe. Celsus faßt die Frage dahin auf: ob die Zeugnisfähigkeit dadurch beeinträchtigt werde, daß der Zeuge das Testament geschrieben habe, und erwidert: non intelligo quid sit, de quo me consulueris, aut valide stulta est consultatio tua. Mit Rücksicht hierauf nennt man eine „dumme Frage" quaestio Domitiana, eine „grobe Antwort" responsio Celsina. Tatsächlich hat Celsus den Domitius nicht verstanden. Dieser wollte — was zweifelhaft sein konnte — mit Rücksicht darauf, daß die Testamentszeugen idonei, voluntarii, rogati, also um ihr Zeugnis gebeten sein mußten, anfragen, ob ein nur zum Schreiben, nicht zum Zeugnis gebetener ein vollgültiger Zeuge sei.

[5]) D. 1, 2, 2, 50: huic nec amplae facultates fuerunt, sed plurimum a suis auditoribus sustentatus est.

ad Sabinum) die mit S. bezeichnete (civilrechtliche) „Sabinusmasse" (§ 24 a) der justinianischen Digesten ausmachen. Auf C. Cassius Longinus (daher „Cassiani") und Iavolenus Priscus folgt der geniale

γ. Salvius Iulianus, unter Hadrian, der berühmte ordinator Edicti perpetui (S. 115), von dessen Hauptwerk (90 Bücher Digesta) 376 Fragmente in Justinians Digesten aufgenommen sind.

δ. Sextus Pomponius unter Antoninus Pius ist u. a. Verfasser des liber singularis Enchriridii, aus welchem die öfters erwähnte rechtsgeschichtliche Darstellung (D. 1, 2, 2, vgl. S. 118) entnommen ist.

ε. Sextus Caecilius Africanus, unter Antoninus Pius, hat ein Werk Quaestiones geschrieben, dessen Themata besonders schwierig sind (daher Africani lex = schwierige Rechtsfrage). Sein Lehrer war Salvius Iulianus, welcher nach der herrschenden, von Cujacius aufgestellten Ansicht auch gemeint ist, wenn in den Quaestiones die Entscheidung mit „ait", „respondit", „negavit" usw. in der dritten Person gegeben ist, vgl. zB. D. 16, 1, 19, pr.

ζ. Gaius, einer der letzten Sabinianer, unter Mark Aurel, ist eine rätselhafte Erscheinung. Mommsen hält ihn für einen Provinzialjuristen in Troas, Dernburg für einen Rechtslehrer in Rom. Von seinen Zeitgenossen völlig unbeachtet (er hatte nicht das ius respondendi), wird er erst seit dem Citiergesetze (S. 126) genannt und verdankt seine Berühmtheit vor allem seinem Institutionenlehrbuche „Gaii Institutionum iuris civilis commentarii quattuor" („G."), welches uns fast vollständig handschriftlich erhalten ist. Diese Institutionen, welche den justinianischen Institutionen als Vorlage gedient haben[6]), sind — nach einer Einleitung — nach dem Grundsatz eingeteilt: Omne ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones. Das erste Buch behandelt danach Personen- und Familienrecht,

[6]) Die aus Gajus' Lehrbuch entlehnten Stellen der justinianischen Institutionen sind in der Ausgabe von Krüger durch ⊢⊣ kenntlich gemacht.

das zweite und dritte Sachen-, Erb-, Obligationenrecht, das vierte den Prozeß. Von den Werken des Gajus (von welchen 535 Fragmente in Justinians Digesten aufgenommen sind) sind außerdem zu nennen: Die Kommentare zum Edictum urbicum und provinciale (S. 116) sowie zu den zwölf Tafeln und Aurea sive res cottidianae (Rechtswahrheiten). Gajus — dessen voller Name unbekannt ist („Gaius" ist nach der herrschenden, aber mehrfach bekämpften Ansicht nur Vorname) — bezeichnet sich selbst als Anhänger der Sabinianer, welche er in seinen, den Schulgegensatz besonders klar machenden Institutionen „nostri praeceptores" nennt, während er von den Prokulianern als „diversae scholae auctores" spricht. Mit Gajus hört der Gegensatz auf. Die folgenden und insbesondere die klassischen[7]) Juristen (*οἱ κορυφαῖοι τῶν νομικῶν*, D. 27, 1, 13, 2) gehören keiner Schule an.

c. Die klassischen Juristen:

1. Aemilius Papinianus, der berühmteste römische Jurist, geboren unter Antoninus Pius (138—161 n. Chr.), Praef. praet. unter Septimius Severus, getötet auf Befehl Caracallas 212, weil er dessen Brudermord an Geta nicht verteidigen wollte (angeblich mit den Worten „non tam facile parricidium excusari posse quam fieri"). Sein Lehrer war Qu. Cervidius Scaevola (S. 119). Seine Hauptwerke sind 37 Bücher Quaestiones und 19 Bücher Responsa. Die seinen Schriften entnommenen 595 Fragmente bilden in den justinianischen Digesten den Grundstock der mit „P." bezeichneten Papiniansmasse (§ 24 a). Sein Schüler war

2. Domitius Ulpianus, geb. um 170 n. Chr. in Tyrus, dem er das ius Italicum (S. 83) verschaffte,

[7]) Das Wort klassisch in der Bedeutung von „maßgebend" hängt mit der Bezeichnung der erstklassigen Bürger als classici (S. 59) zusammen; man verband mit der Bezeichnung classicus (z.B. testes classici) später den Begriff des Vornehmen, Bevorzugten, Maßgebenden.

Praef. praet. unter Alexander Severus seit 222, getötet 228 von den Prätorianern. Seine Hauptwerke sind: 83 Bücher ad Edictum (also ius honorarium) und 51 Bücher ad Sabinum (also ius civile, S. 122). Er ist in den Digesten Justinians mit 2462 Fragmenten (fast $^1/_3$ aller Exzerpte) vertreten.

3. Iulius Paulus, wie Papinian Schüler des Scävola, Praef. praet. mit Ulpian, ist in den Digesten Justinians mit 2080 Fragmenten vertreten. Seine Hauptwerke sind 78 Bücher ad Edictum, 16 Bücher ad Sabinum und sein später hochangesehenes Werk „Pauli sententiarum receptarum ad filium libri quinque" (S. 126).

Ulpian und Paulus waren nicht schöpferisch tätig, wie Papinian, sondern mehr Bearbeiter des vorhandenen Rechtsstoffs.

4. Herennius Modestinus (um 235 n. Chr.), Schüler Ulpians, ist in den Digesten Justinians mit 344 Fragmenten in der Ediktsmasse vertreten; er schreibt schon vielfach griechisch.

d. Nachklassische Rechtswissenschaft.

Die folgenden Juristen bis auf Justinians Zeit haben nicht den Ausbau des Rechts selbstschöpferisch gefördert, sondern nur die Ergebnisse der klassischen Jurisprudenz gezogen. Erwähnenswert sind Aelius Marcianus, welcher u. a. ein Pfandrecht (liber singularis ad formulam hypothecariam) geschrieben hat, und als späteste der in den Digesten Justinians benutzten Juristen: Hermogenianus (Verfasser des codex Hermogenianus?, S. 111) und Arcadius Charisius (um 350 n. Chr.).

Die Praktiker erkannten nunmehr nur 2 Rechtsquellen an:

1. ius, d. h. die klassische juristische Litteratur;
2. leges, d. h. die Kaisergesetze, durch welche jetzt allein noch die Fortbildung des Rechts möglich war.

Die durch Benutzung der ungeheueren Litteratur hervorgerufene Rechtsunsicherheit wollten zwei Konstitutionen vermindern:

α. Das sog. Kassiergesetz von Konstantin (321), welches den notae des Ulpian und Paulus zu Papinians Schriften die maßgebende Bedeutung nahm (was die Praxis auch auf die notae des Marcian ausdehnte).

β. Das (von Hugo, Professor in Göttingen, gest. 1844, so genannte) Citiergesetz von Theodosius II. und Valentinian III. (426 n. Chr., Cod. Theod. 1, 4, 3). Dieses Gesetz, dessen Auslegung im einzelnen sehr streitig ist, bestimmt: gesetzesgleiche Geltung sollen nur die Schriften von Papinian, Ulpian, Paulus, Modestin und Gajus haben. Die von diesen angeführten Juristen dagegen sollen nur dann maßgebend sein, wenn das Citat durch Handschriften als richtig festgestellt wird. Bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den anerkannten Juristen soll Stimmenmehrheit, bei Stimmengleichheit Papinian, bei dessen Schweigen der Richter selbst entscheiden. Die Sententiae receptae des Paulus sollen immer gelten (sodaß also in den hier behandelten Fragen eine Heranziehung der übrigen Juristen gar nicht stattfindet); dagegen soll die bereits durch das Kassiergesetz erfolgte Außerkraftsetzung der notae des Paulus und Ulpian zum Papinian fortdauern.

e. Originalüberlieferungen und Sammlungen von Juristenschriften:

1. Gaii Institutiones (S. 123) waren bis zum Anfange des 19. Jahrhunderts nur aus der Überarbeitung in den Institutionen Justinians und einzelnen in die Digesten aufgenommenen Stellen, sowie in einem in das Breviarium (S. 129) aufgenommenen Auszug (Epitome Gaii) bekannt. Im Jahre 1816 fand Niebuhr, der geniale Geschichtsforscher, in der Bibliothek des Domkapitels von Verona in einem mit den Epistolae des Kirchenvaters Hieronymus überschriebenen Palimpseste[8]) das Werk eines

[8]) Palimpsest (codex rescriptus), von παλιμψάω, wieder abkratzen, ist ein Pergament, welches durch Entfernung der ursprüng-

alten Juristen (wie er meinte, Ulpians) auf. Auf Veranlassung von Savigny, welcher in der Urschrift eine Handschrift der Institutionen des Gajus vermutete, entzifferte Göschen im Auftrage der Preußischen Akademie der Wissenschaften 1820 den größten Teil der Handschrift. Durch spätere Lesungen von Bluhme 1824 (schedae Bluhmianae) und Studemund 1868 ist fast der ganze Inhalt bekannt geworden. Drei Blätter der etwa im 5. Jahrhundert in Unzialschrift, d. h. großen Buchstaben (uncia = Zoll), geschriebenen Handschrift sind verloren.

2. Fragmenta de iure fisci sind zwei gleichzeitig mit den Institutionen des Gajus aufgefundene Pergamentblätter; der Verfasser der Schrift ist unbekannt.

3. Berliner Fragmente sind zwei 1877 in Ägypten gefundene, jetzt in Berlin befindliche Pergamentblätter mit einem Bruchstück aus Buch 5 der Responsa Papinians und einer Notiz unsicherer Herkunft über die peregrini dediticii (s. u.).

4. Tituli ex corpore Ulpiani nennt man einen von Johann Tilius (Dutillet) 1549 entdeckten, von Savigny von neuem im Vatikan aufgefundenen Auszug aus Ulpians liber singularis regularum.

5. Ulpiani fragmenta Vindobonensia sind zwei 1835 auf der Wiener Hofbibliothek aufgefundene Bruchstücke aus Ulpians Institutionen.

6. Dositheï magistri Interpretamenta sind Übungsstücke des Grammatikers Dositheus (207 n. Chr.) zum Übersetzen aus dem Lateinischen in das Griechische, denen zwei Bruchstücke juristischen Inhalts — über Rechtsquellen und Freilassungen — eines unbekannten Verfassers angefügt sind.

---

lichen Schrift zum Beschreiben von neuem verwendbar gemacht ist. In neuerer Zeit hat man durch chemische Mittel die Urschrift wiederherzustellen verstanden.

Niebuhr befand sich 1816 in Verona auf der Durchreise nach Rom, wohin er sich als preußischer Gesandter zu den Unterhandlungen mit der Kurie begab, deren Ergebnis die Bulle „De salute animarum“ (1821) war; vgl. D. § 25⁷.

7. Zusammenstellungen von Juristenschriften enthalten die folgenden handschriftlich überlieferten Sammlungen:

α. Die Fragmenta Vaticana sind Bruchstücke einer 1820 vom Kardinal Angelo Mai im Vatikan entdeckten Privatsammlung eines unbekannten Verfassers (um 400 n. Chr.), mit Auszügen aus Papinian, Ulpian, Paulus, unter Einflechtung von Kaiserkonstitutionen aus den Cod. Gregorianus und Hermogenianus (S. 111).

β. Die Collatio (legum Mosaicarum et Romanarum) oder Lex Dei (quam praecepit dominus ad Moysen) ist eine um 400 n. Chr. entstandene, dieselben Quellen wie die Fragmenta Vaticana, daneben aber auch Gajus und Modestin benutzende Privatarbeit namentlich zur Vergleichung der Grundsätze des mosaischen und römischen Strafrechts nach der Ordnung der zehn Gebote.

γ. Die Consultatio (veteris cuiusdam iurisconsulti) ist eine Sammlung von Antworten eines causidicus (Anwalts) auf Anfragen, unter Mitteilung von Belegstellen (lectiones) aus den Sententiae receptae des Paulus und den drei Codices (S. 111); entstanden wahrscheinlich 440 in Gallien.

δ. Das Syrisch-Römische Rechtsbuch, 470 n. Chr. geschrieben, ist eine Privatdarstellung des Syrischen Provinzialrechts unter dem Einflusse des römischen Rechts, welche im Orient, selbst nach der Kodifikation Justinians, noch großes Ansehen genoß.

Alle Überreste vorjustinianischer Jurisprudenz sind zusammengestellt in dem Werke von Huschke: „Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt." Vgl. auch die von Krüger, Mommsen und Studemund herausgegebene „Collectio librorum iuris anteiustiniani".

§ 21. Kodifikation in den germanischen Reichen.

In den nach dem Sturze des weströmischen Reichs auf dessen Gebiet entstandenen germanischen Reichen blieb für die Römer, nach dem von den Germanen anerkannten Personalitätsprinzipe (S. 32, D. § 43 a. A.), das römische

Recht ferner maßgebend. Dasselbe wurde in Kodifikationen (leges Romanae im Gegensatze zu den für die Germanen erlassenen leges Barbarorum, D. § 43) zusammengefaßt. Diese für die Wiederherstellung des vorjustinianischen Rechts bedeutsamen leges Romanae sind:

a. Lex Romana Wisigotorum oder (wie man das Rechtsbuch seit dem 16. Jahrhundert nennt) Breviarium Alaricianum ist ein von Alarich II. 506 n. Chr. veranlaßtes Gesetzbuch für die Römer des Westgotenreichs (Spanien, Südfrankreich) und enthält: 1. vom ius (S. 125): die Epitome Gaii (sog. Westgotischer Gajus, Auszug aus dessen Institutionen in zwei Büchern), die Sententiae des Paulus (abgekürzt), und zum Schluß eine Stelle aus Papinians liber I. Responsorum; 2. von den leges: stark verkürzte Auszüge aus den drei Codices (S. 111). Der Text — mit Ausnahme der Epitome Gaii — ist mit einer Interpretatio versehen. Das uns in vielen Handschriften überlieferte Gesetzbuch wurde in Spanien durch eine unter Chindaswind (650) für Germanen und Römer erlassene lex Wisigotorum (D. § 43 e), in Südfrankreich erst im 12. Jahrhundert durch das Eindringen der justinianischen Kodifikation außer Kraft gesetzt.

b. Lex Romana Burgundionum oder Papianus ist ein im Burgunderreich (Rhonetal) unter Gundobad (500) für die Römer erlassenes Gesetzbuch, dessen Stoff den drei Konstitutionensammlungen, den Sententiae des Paulus und den Institutionen des Gajus entnommen ist. Der seit der ersten Ausgabe durch Cujacius 1566 übliche Titel „Papianus" (verstümmelt aus „Papinianus") erklärt sich daraus, daß in einigen Handschriften die lex Romana Burgundionum dem Breviarium Alaricianum angehängt ist und die Abschreiber dessen letzte Stelle: „Pap. lib. I. Responsorum" als Überschrift und Beginn der lex Romana Burgundionum ansahen.

c. Edictum Theodorīci ist ein von Theodorich dem Großen (S. 91[1]) geschaffenes, gleichmäßig für Ostgoten und Römer verbindliches Gesetzbuch (um 500), bestehend aus 154 kurzen Artikeln, dessen Stoff den 3 Codices und den Sentenzen des Paulus entnommen ist.

II. Die Kodifikation durch Justinian.

§ 22. Übersicht.

Flavius Iustinianus wurde nach der bisherigen Annahme[1]) 482 n. Chr. in Tauresium in Westillyrien von slavischen Eltern (Vater: Sabbatius, Mutter: Bigleniza) geboren. Er kam an den Hof seines Onkels, des Kaisers Justinus, welchem er am 1. August 527 in der Herrschaft nachfolgte, nachdem er bereits am 1. April 527 zum Mitregenten ernannt war. Justinian besaß ein großes Geschick in der Wahl seiner Beamten. Seine kriegerischen Erfolge verdankt er seinen Feldherren Belisar (Zerstörung des Vandalenreichs in Afrika unter Gelimer 534) und Narses (Vernichtung des Ostgotenreichs unter Tejas in der Schlacht am Vesuv 553); seine gesetzgeberischen seinem Justizminister (quaestor sacri palatii, S. 92), dem Pamphylier Tribonian. Justinians Historiograph, Prokop, hebt ihn in seiner amtlichen Geschichte in den Himmel; dagegen ist eine im 17. Jahrhundert aufgefundene Geheimgeschichte Prokops (Historia arcana, *Ἀνέκδοτα*) voll von Schmähungen gegen Justinian und seine Gemahlin Theodora, die Tochter eines Bärenführers, eine frühere Schauspielerin.

Justinian war selbst rechtskundig und vermochte sehr wohl die Mißstände zu beurteilen, welche sich aus der willkürlichen Benutzung des Juristenrechts (ius) und der mangel-

---

[1]) Die bisher übliche gewesene Darstellung der Abstammung Justinians stützte sich auf Angaben des Alemanni in der 1623 herausgegebenen Historia arcana (Anecdota) Prokops. Die von Alemanni benutzte Quelle, eine Vita Iustiniani eines Theophilus abbas, ist nun vor einigen Jahren in der Bibliothek Barberini in Rom von Giacomo Bryce aufgefunden und geprüft worden. Justinian wird darin Uprauda, sein Geburtsort Prizriena, sein Vater Istok, seine Mutter Priglenizza, seine Frau Bosidara genannt. Bryce hält den Inhalt der Handschrift für romanhaft, die angegebenen Namen für spätere slavische Übersetzungen aus dem Lateinischen und Griechischen (Uprauda = iustus, vgl. das heutige polnische Wort prawda = richtig; Bosidara = a deo donata, d. i. Theodora), Justinian für einen Thrazier oder Mazedonier.

haften Kodifikation der Kaisergesetze (leges) herschrieben. Wie man auch über Justinians Charakter denken mag — jedenfalls gebührt ihm das Verdienst, das römische Recht zu einem Abschlusse gebracht und der ferneren Rechtsentwickelung des größten Teils von Europa für eineinhalb Jahrtausende die Grundlage gegeben zu haben.

In der Kodifikation Justinians sind folgende Abschnitte zu unterscheiden:

I. Vorbereitende Arbeiten (§ 23):

a. Vetus Codex. Begonnen auf Grund der Constitutio Haec quae necessario vom 13. Februar 528; veröffentlicht mit der Const. Summa rei publicae vom 7. April 529; Gesetzeskraft vom 16. April 529.

b. Liber quinquaginta decisionum, 529 bis 534.

II. Pandectae oder Digesta (§ 24). Begonnen auf Grund der Const. Deo auctore vom 15. Dezember 530; veröffentlicht durch die Const. Tanta (griech. *Δέδωκεν*) vom 16. Dezember 533; Gesetzeskraft vom 30. Dezember 533; 50 libri, 432 tituli, 9123 fragmenta.

III. Institutiones (§ 25). Veröffentlicht durch die Const. Imperatoriam maiestatem vom 21. November 533, gerichtet an die „cupida legum iuventus"; Gesetzeskraft vom 30. Dezember 533 gemäß l. 23 der Const. Tanta; 4 libri, 98 tituli.

IV. Codex repetitae praelectionis (§ 26). Veröffentlicht durch die Const. Cordi[2]) vom 16. November

---

[2]) Zur Unterstützung des Gedächtnisses bemerke man, daß die Anfangsbuchstaben der drei Hauptteile und der diese betreffenden Veröffentlichungsgesetze übereinstimmen (Digesten — Δέδωκεν, Institutionen — Imperatoriam maiestatem, Codex — Cordi).

Die Titelzahl der drei abgeschlossenen Werke ist leicht zu merken, wenn man die Reihenfolge: Institutionen (98), Codex (765), Digesten (432) behält; so hinter einander gestellt geben die Ziffern der Titel eine Folge von 9 bis 2 (98—765—432).

534; Gesetzeskraft vom 29. Dezember 534; 12 libri, 765 tituli, 4652 Konstitutionen.

V. Novellae (sc. leges, § 27 A), aus den Jahren 535—565.

VI. Rechtsstudium (§ 27 B), geordnet durch Const. Omnem reipublicae vom 16. Dezember 533.

Den Namen Corpus iuris civilis (§ 28) hat die Gesetzgebung Justinians zuerst in der Gesamtausgabe des Dionysius Gothofredus von 1583 erhalten.

§ 23. I. Vorbereitende Arbeiten.

a. Vetus codex.

Zur Sammlung und Sichtung der leges (S. 125) berief Justinian mit der an den Senat von Byzanz gerichteten Constitutio de novo codice faciendo: „Haec quae necessario (corrigenda esse multis retro principibus visa sunt“ usw.) vom 13. Februar 528 eine Kommission von 10 Mitgliedern, darunter Tribonian — damals noch nicht quaestor sacri pal. — und Theophilus, antecessor (Professor) in Konstantinopel. Ihre Arbeit wurde als ausschließliche Zusammenstellung der leges, neben welcher die Anführung von Konstitutionen aus anderen Quellen bei Strafe der Fälschung verboten wurde, am 7. April 529 mittels der an den Praef. praet. Menna gerichteten Const. „Summa rei publicae (tuitio de stirpe duarum rerum, armorum atque legum veniens“ usw.) mit Gesetzeskraft vom 16. April 529 veröffentlicht. Von diesem sog. Vetus codex ist nichts überliefert.

b. Liber quinquaginta decisionum.

Zwecks Vorbereitung der Sammlung der Juristenschriften (des ius, S. 125) erließ Justinian in den folgenden Jahren einzelne Konstitutionen zur Entscheidung von Streitfragen und Beseitigung veralteter Rechtsinstitute. Von diesen wurden 50 in einer Sammlung zusammengestellt. Auch

von diesem Liber L decisionum ist nichts erhalten; wohl aber sind viele dieser Konstitutionen in den Codex repetitae praelectionis aufgenommen (vgl. I. 1, 5, 3).

§ 24. II. Pandectae s. Digesta[1]).

a. Plan und Ausführung.

Durch die an Tribonian gerichtete Const. de conceptione Digestorum: „Deo auctore (nostrum gubernantes imperium", C. de vetere iure enucleando 1, 17, 1) vom 15. Dezember 530 befahl Justinian die Sammlung des noch geltenden Juristenrechts (ius) in 50 Büchern. Tribonian berief eine Kommission von 16 Mitgliedern, Beamte, Advokaten und Professoren, unter diesen die antecessores Theophilus (Konstantinopel) und Dorotheus (Berytus). Die Kompilatoren (von compilare, plündern) haben die Werke von 39 Schriftstellern (mit 2000 libri, S. 121, und drei Millionen versus, Zeilen) benutzt, und zwar im Anschluß an das Citiergesetz (S. 126), jedoch unter Entbindung von dessen Vorschriften über die Entscheidung streitiger Fragen, sowie unter Wiederherstellung der Geltung der Noten des Paulus, Ulpian (und Marcian) zum Papinian (S. 126). Von den benutzten Juristen sind 3 (Qu. Mucius, Alfenus Varus, Aelius Gallus) vorklassische, 34 klassische und zwei (Arcadius Charisius und Hermogenianus) nachklassische. Die ausgewählten Exzerpte (fragmenta, leges) wurden unter die schon vorher bestimmten 50 libri und deren Unterabteilungen, tituli, gebracht, und zwar teilte die Kommission, wie Bluhme 1820 nachgewiesen hat, die gesamte benutzte Litteratur in 3 Massen, welche von verschiedenen Abteilungen bearbeitet wurden: 1. die Sabinusmasse (in den Digestenausgaben mit „S." bezeichnet), deren Hauptteil die Kommen-

---

[1]) Pandectae kommt her von πᾶν und δέχομαι, alles (ius) enthaltend, Digesta von digerere, sammeln. Beide Titel nebeneinander finden sich in I. 4, 6, 5, der Titel „Digesta" allein steht in der berühmten Stelle betr. den unus casus I. 4, 6, 2; unten § 129[a].

tare (insbesondere Ulpians) ad Sabinum (S. 122) bilden, also Civilrecht, etwa $^2/_5$ der Gesamtmasse; 2. die Edikts-masse („E."), deren Hauptteil die Kommentare (insbesondere Ulpians) ad Edictum bilden, ebenfalls etwa $^2/_5$ der Gesamt-masse; 3. die Papiniansmasse („P."), d. h. Auszüge aus den Responsensammlungen, insbesondere Papinians. Post-papiniansmasse („pP.") oder Appendix („A.") nennt man einen Nachtrag von sehr geringem Umfang, enthaltend die erst während der Arbeit aufgefundenen Schriften. In den 432 Titeln folgen die Exzerpte regelmäßig nach den verschiedenen Massen, also unsystematisch, unter Voranstellung derjenigen Masse, welcher die meisten Exzerpte entlehnt sind; die pP. steht fast stets am Schluß.

Jedes der 9123 Exzerpte beginnt mit der inscriptio, d. h. dem Namen des Verfassers und des benutzten Werkes. Größere Fragmente werden seit dem Mittelalter in §§ geteilt unter Voranstellung eines Prooemium oder Principium (Pr.); § 1 ist daher der zweite Teil der lex. Die Exzerpte sind zwecks Beseitigung veralteter Rechts-einrichtungen und Bezeichnungen (zB. mancipatio, in iure cessio, fiducia, cognitor, formula) auf Grund ausdrücklicher Ermächtigung zuweilen verändert worden, sog. Interpolationes oder Emblemata Triboniani. Aber auch diese Veränderungen haben Gesetzeskraft (während dies bei den ähnliche Zwecke verfolgenden Dicta Gratiani im Decretum Gratiani, dem ersten Teile des Corp. iur. canon., nicht der Fall ist, D. § 62 I a 2). Sämtliche benutzten Schriften wurden in einem Index zusammengestellt, von welchem in der Florentina (S. 144) eine griechische Abschrift erhalten ist (Index Florentinus). In neuerer Zeit hat man die in den Digesten zerstreuten Fragmente nach den Verfassern zusammengestellt (sog. Palingenesia, zB. von Lenel).

b. Veröffentlichung.

Die Pandekten wurden am 16. Dezember 533 mit Gesetzeskraft vom 30. Dezember 533 veröffentlicht mittels einer lat. Constitutio (gerichtet ad senatum et omnes populos): „Tanta (circa nos divinae humanitatis est

providentia“ usw., C. 1, 17, 2) und einer griechischen, inhaltlich völlig gleichen Konstitution „Δέδωκεν (ἡμῖν ὁ θεὸς“ usw.). Ihr vollständiger Titel ist: „Domini nostri sacratissimi principis Iustiniani iuris enucleati (gesichtet), ex omni vetere iure collecti Digestorum seu Pandectarum libri.“ In den Publikationspatenten wurde (wie schon in der Const. „Deo auctore“, S. 133, vorgesehen war) das Zurückgehen auf die Quellen, der Gebrauch von sigla, Abkürzungen, und die Abfassung von Kommentaren verboten[2]). Erlaubt sollten nur sein: wörtliche Übersetzungen (*Κατὰ Πόδα*) und Zusammenstellungen von Parallelstellen (*Παράτιτλα*). Justinian versichert, daß Irrtümer und Widersprüche in den Digesten sich überhaupt nicht fänden; träten solche scheinbar hervor, so würden sie verschwinden, „si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet“ (Const. Tanta, C. 1, 17, 2, 15). Sollten sich Lücken finden, so sollte der Richter — wie dies auch Hadrian gelegentlich der Julianischen Ediktsredaktion bestimmt habe — die kaiserliche Entscheidung einholen. Trotz Justinians Versicherung sind mannigfache Irrtümer und Widersprüche untergelaufen:

1. Leges geminatae nennt man doppelt aufgenommene Fragmente (zB. l. 129 § 1 und l. 178 D. 50, 17).

2. Leges fugitivae s. erraticae sind Fragmente, welche irrtümlich unter einen falschen Titel geraten sind.

3. Antinomiae nennt man die mehrfach vorhandenen sachlichen Widersprüche (zB. betreffs der causa traditionis: Ulpianus D. 12, 1, 18 und Iulianus D. 41, 1, 36); vgl. unten § 123[2].

4. Cruces Iurisconsultorum s. Leges damnatae nennt man 7 früher für unerklärbar gehaltene Stellen, zB. die lex „Frater a fratre . . .“ (D. 12, 6, 38, pr.,

---

[2]) Die Einleitung zum Projekte des preußischen Corpus iuris Fridericianum von 1749 verbot in ähnlich kurzsichtiger Weise die Abfassung von Kommentaren, und das Publikations-Patent zum ALR. vom 5. Februar 1794 untersagte das Zurückgehen auf die Quellen oder die eigenmächtige Abweichung von den Gesetzen „unter dem Vorwande einer aus dem Zwecke und der Absicht des Gesetzes abzuleitenden Auslegung“; D. §§ 25[a], 56 b und oben S. 31[22].

unten § 72 b 2), lex „Lecta . . .“ (D. 12, 1, 40, pr., unten § 73[8]), lex „Gallus . . .“ (D. 28, 2, 29, pr.).

c. Einteilung und Inhalt.

Die 50 libri zerfallen in zusammen 432 tituli. Nur die Bücher 30, 31, 32 (De legatis et fideicommissis I, II, III) sind nicht in Titel, sondern sogleich in leges geteilt, weil man das Recht der Legate ursprünglich in einem einzigen Titel erledigen wollte und erst später des Umfangs wegen zu einer Teilung schritt. Citiert wird gewöhnlich zB. l. 61 § 1 D.[3]) de obligationibus et actionibus 44, 7, oder (einfacher und logischer) D. 44, 7, 61, 1, d. h. der zweite Absatz (S. 134) des 61. Fragments des 7. Titels des 44. Buchs; l. un. (unica) bedeutet: einzige, l. ult.: letzte, l. penult.: vorletzte lex des Titels. Die Bücher 30—32 werden besonders citiert als de legatis I., II., III., zB. l. 34 pr. D. de leg. II (d. h. Buch 31). Die Glossatoren citieren mit der Titelrubrik und den Anfangsworten der lex.

Manche libri führen besondere Namen:

1. Antipapinianus (*τὰ ἀντὶ Παπινιανοῦ βιβλία*) heißen die Bücher 20—22, welche beim Rechtsunterricht an die Stelle der Responsa Papinians treten sollten (S. 141).

2. Libri singulares (S. 116) sind die Bücher 23, 26, 28, 30, d. h. die ersten Bücher aus den vier Civilrechtsgebieten Dos, Tutela, Testamentum, Legatum (Buch 23—36).

3. Libri terribiles nennt Justinian in der Const. Tanta § 8 die Bücher 47 und 48 wegen des darin enthaltenen Strafrechts.

Über der Einteilung in libri steht die von Justinian in der Const. Tanta zu Zwecken des gleichzeitig geordneten

---

[3]) Statt D. = Digesta findet sich zuweilen ff. (daher „etwas aus dem ff. wissen“), entstanden aus einem geschlungenen D mit einem Querstriche zum Zeichen der Abkürzung. Die oben angeführte Stelle enthält den berühmten „Liebesbrief“ der Seja: „Lucio Titio salutem. Si in eodem animo et eadem affectione circa me es, quo semper fuisti, ex continenti acceptis litteris meis veni“ usw.

Rechtsunterrichts (S. 141) vorgenommene Einteilung der Digesten in 7 Partes s. Tractatus: *Πρῶτα* (Buch 1—4), De iudiciis (5—11), De rebus creditis (12—19), Umbilīcus (20—27), De testamentis (28—36), und 2 Teile ohne Namen: 37—44 und 45—50.

Die Anordnung des Stoffs folgt dem Ulpianischen Ediktskommentare, womit die Einteilung des Gajus in ius quod ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones verbunden ist. Die dem ius civile entstammenden Rechtsgebiete sind an passenden Stellen eingefügt. Buch 1, Titel 1—4 enthält eine Einleitung über Recht und Rechtsquellen; Tit. 5—7 ius quod ad personas, Tit. 8 ius quod ad res pertinet; Tit. 9 bis 22 Behörden. Dann folgt das ius quod ad actiones pertinet Buch 2—46. Buch 2: Gerichtsbarkeit, Vergleich, Vertrag; Buch 3: Stellvertretung, Buch 4: Wiedereinsetzung; Buch 5—8: dingliche Klagen (Buch 5 Erbrecht, 6 Eigentum, 7 Personalservituten, 8 Prädialservituten); Buch 9 Beschädigung, 10 Gemeinschaft, 11 Klagen polizeilicher Natur; Buch 12—19: Kontrakts- und ähnliche Klagen (Buch 14, 15: actiones adiecticiae qualitatis, römisches Handelsrecht); Buch 20: Pfandrecht; Buch 21, 22: Obligationenrecht, ausgehend vom Kaufe; Buch 23—36: Civilrechtsgebiete (Buch 23—25: Eherecht, 26—27: Vormundschaft, 28—36: Testamente und Legate); Buch 37, 38: bonorum possessio, patronatus, missiones; Buch 39: Schenkungen; Buch 40: Freilassung; Buch 41: Eigentum, Besitz, Ersitzung; Buch 42: Urteil und Zwangsvollstreckung; Buch 43: Interdikte; Buch 44: Exceptionen, Allgemeiner Teil des Obligationenrechts; Buch 45, 46: Stipulationen. Buch 47, 48: Strafrecht. Buch 49, Tit. 1—13: Appellation; 49, 14: Fiskalrecht; 49, 15—18: Militärrecht. Buch 50: Munizipal- und Steuerrecht. Die wichtigsten Titel sind im Anhang zusammengestellt.

§ 25. III. Institutiones.

Während der Abfassung der Pandekten erhielten drei Mitglieder der Kommission: Tribonian, Theophilus und

Dorotheus den Auftrag zur Abfassung eines — zugleich als Gesetzbuch gedachten — Lehrbuchs für den ersten Rechtsunterricht, welches an die Stelle der den Zeitverhältnissen vielfach nicht mehr entsprechenden Institutionen des Gajus treten sollte. Die neuen „Institutiones" wurden am 21. November 533 mittels der Const. „Imperatoriam maiestatem (non solum armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam" usw.) verkündet und erhielten gleichzeitig mit den Pandekten, also am 30. Dezember 533, Gesetzeskraft. Sie zerfallen, wie die Institutionen des Gajus, denen sie sich eng anschließen, in 4 Bücher, nach der Einteilung in ius, quod ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones. Nur wurden der gleichmäßigen Verteilung halber, da im Aktionenrechte vieles als veraltet fortblieb, die bei Gajus im dritten Buche stehenden obligationes ex delicto hier in das vierte Buch gestellt. Die Bücher sind in — insgesamt 98 — Titel geteilt, diese sogleich in §§; eine Einteilung in leges besteht nicht. Am Schlusse des Werks stehen 2 dem Gajus fremde Titel: De officio iudicis und De publicis iudiciis. Wahrscheinlich ist Buch 1 und 2 (sowie der letzte Titel des 4. Buchs) von Dorotheus, Buch 3 und 4 (außer dem letzten Titel) von Theophilus verfaßt, während Tribonian die obere Leitung hatte. Citiert wird zB. pr. I. de actionibus 4, 6 oder einfacher I. 4, 6, pr., d. h. die Eingangsstelle des sechsten Titels des vierten Buchs. Außer den Institutionen des Gajus sind dessen Aurea (S. 124), daneben auch Werke von Ulpian, Florentinus und Marcian und Kaisergesetze benutzt. Die Inskriptionen fehlen, im Gegensatze zu den anderen Teilen der Kodifikation. Zuweilen wird auf die Pandekten verwiesen, einmal allerdings, ohne daß eine entsprechende Stelle der Digesten sich auffinden ließe[1]).

[1]) Dies ist der berühmte Unus casus (I. de act. 4, 6, 2); vgl. unten § 129[a].

§ 26. IV. Codex repetitae praelectionis.

Um den (vetus) Codex mit den Decisiones und den Digesta in Einklang zu setzen, befahl Justinian eine Durchsicht des Codex durch eine aus Tribonian, Dorotheus und 3 Advokaten bestehende Kommission. Ihre Arbeit wurde als Codex repetitae praelectionis durch eine an den Senat von Konstantinopel gerichtete Const. „Cordi (nobis est“ usw.) vom 16. November 534 mit Gesetzeskraft vom 29. Dezember 534 veröffentlicht. Während der Vetus codex vermutlich der Ordnung des Cod. Theod. folgte, wurde der neue Codex in ungefähre Übereinstimmung mit den Digesten gebracht, folgt also wie diese dem Edictum perpetuum. Er zerfällt in 12 Bücher mit 765 Titeln. Buch 1 beginnt mit dem Kirchenrechte (während dieses im Cod. Theodos. am Schlusse steht, S. 112: ein Beweis der größeren Bedeutung, welche die Kirche inzwischen erlangt hatte); Buch 2—8 enthält Privatrecht, Buch 9 Strafrecht, Buch 10—12 Verwaltungsrecht. Innerhalb der Titel stehen die Konstitutionen (wie in den 3 früheren codices) nach der Zeitfolge, welche bei den meisten aus den mitaufgenommenen inscriptiones (Name des Regenten und des Adressaten) und subscriptiones (Ort und Datum) sich ergibt; die „sine die et consule“ aufgenommenen sind beliebig eingereiht. Im ganzen sind 4652 Konstitutionen, meist Reskripte, aufgenommen, davon über 1200 von Diokletian, 402 von Justinian; die älteste ist von Hadrian, die jüngste von Justinian vom 4. November 534. Die etwa 150 griechischen Konstitutionen fehlen in den in Italien entstandenen Handschriften und sind erst aus den Basiliken (S. 148) ergänzt (leges restitutae). Hinzugekommen sind durch die Glossatoren Novellenauszüge, sog. Authenticae, vgl. S. 145[1]. Citiert wird c. (constitutio) oder l. 2 C. quae sit longa consuetudo 8, 53 (oder einfach C. 8, 53, 2).

§ 27. V. Novellae. VI. Rechtsstudium.

a. Novellae.

In der Const. Cordi (für den neuen Codex) hatte Justinian die Weiterbildung des Rechts durch neue Gesetze, novellae leges, νεαραὶ διατάξεις, vorgesehen, welche in einer neuen amtlichen Sammlung zusammengestellt werden sollten. Der letztere Plan ist nicht zur Ausführung gelangt, vielmehr sind uns die meist griechisch geschriebenen Novellen nur durch die drei S. 145 aufgeführten Privatsammlungen überliefert. Die meisten Novellen sind bis zu Tribonians Tode (545) ergangen. Die erste datiert vom 1. Januar 535 und bestimmt die Zulässigkeit der Ausschließung der (dem Erben von Legaten freizulassenden) Quarta Falcidia durch Testament. Von den Novellen sind für das Privatrecht besonders wichtig: Novelle 4, welche dem beklagten Bürgen das beneficium excussionis personalis s. ordinis, d. h. das Recht gewährt, die vorherige Inanspruchnahme des Hauptschuldners zu fordern, Novelle 18, welche die legitima (den Pflichtteil) von $^1/_4$ auf $^1/_3$ und bei mehr als vier Erben auf $^1/_2$ erhöht; Nov. 99, welche Korrealschuldnern das beneficium divisionis gibt; Nov. 115, welche das formelle Noterbrecht neu ordnet, und Nov. 118 und 127, welche das Intestaterbrecht regeln. — Jede Novelle zerfällt in eine — die gesetzgeberischen Erwägungen wiedergebende — praefatio, den in capita und Paragraphen geteilten Gesetzestext und einen die Veröffentlichung bestimmenden epilogus. Citiert wird zB. Nov. 115 cap. IV § 1 (Nov. 115, 4, 1) wie bei modernen Büchern.

b. Rechtsstudium.

Bis auf Justinian dauerte das Rechtsstudium vier Jahre. Die Studenten des ersten Jahrs (spottweise Dupondii[1]) genannt) hörten die Institutionen des Gajus,

[1]) Die Bedeutung dieses Spottnamens ist unbekannt. Dupondius (= dua asses pondo, Zweiaßstück) bedeutet sonst ein verdoppeltes Ganzes, wie in der Regel Ex asse fit dupondium, d. h. wenn die

wahrscheinlich in einer Bearbeitung in 2 Büchern, und Vorträge über die vier libri singulares (Civilrechtsgebiete S. 116). Die Studenten des zweiten Jahrs (Edictales) hörten einzelne Teile des Edikts, die des dritten (Papinianistae) besonders die Responsa Papinians. Im vierten Jahre lasen die Studenten (Lytae, vom Hören Befreite) die Responsa des Paulus für sich.

Durch die gleichzeitig mit den Digesten am 16. Dezember 533 veröffentlichte Const. „Omnem reipublicae (nostrae sanctionem iam esse purgatam“ usw., heute abgedruckt vor den Digesten), gerichtet an 8 antecessores, ordnet Justinian den Rechtsunterricht neu. Die vorhandenen kaiserlichen Rechtsschulen in Konstantinopel, Rom und Berytus in Syrien bleiben bestehen; dagegen wird der private Rechtsunterricht (doctrina adulterina), welcher früher besonders in Athen, Caesarea und Alexandrien erteilt worden war, bei Strafe verboten. Ebenso werden die Ausschreitungen der Studenten, insbesondere gegen die rudes (Füchse), untersagt.

Das Rechtsstudium soll fünf Jahre dauern. Die Studierenden:

1. des ersten Jahrs (jetzt Iustiniani novi genannt, unter Verbot des Spottnamens Dupondii) hören die Institutionen Justinians und die *Πρῶτα* der Digesten;

2. des zweiten Jahrs (Edictales) hören die Partes De iudiciis oder De rebus creditis, sowie die vier Libri singulares;

3. des dritten Jahrs (Papinianistae) hören die dritte oder zweite Pars der Pandekten und die Bücher 20—22, an Stelle der bisher im dritten Jahre gehörten Responsen Papinians (daher Antipapinianus = Buch 20—22);

4. des vierten Jahrs (Lytae) lesen für sich die zur Ergänzung der Libri singulares gehörenden Bücher 23—36;

Summe der im Testamente festgesetzten Erbteile das Ganze erschöpft oder übersteigt, und es ist noch jemand ohne bestimmten Erbteil eingesetzt, so werden die festgesetzten Erbteile auf $^1/_2$ reduziert, den Rest erhält der schlechthin Eingesetzte.

5. des fünften Jahrs (Prolytae) lesen für sich den Codex. Die restlichen Materien bleiben dem späteren Studium überlassen.

§ 28. Das Corpus iuris civilis.

a. Verhältnis der Teile zu einander.

Wie aus den vorhergehenden §§ erhellt, setzt sich die justinianische Kodifikation aus vier selbständigen, zu verschiedenen Zeiten veröffentlichten Teilen zusammen, welche erst seit der Gesamtausgabe des Dionysius Gothofredus von 1583 als Teile eines einheitlichen Werks, des „Corpus iuris civilis", erscheinen. Was das Verhältnis dieser vier Teile zu einander angeht, so sind zunächst die nicht ein geschlossenes Gesetzbuch darstellenden, nicht einmal in einer amtlichen Sammlung vorhandenen Novellen von den drei übrigen geschlossenen Teilen zu unterscheiden. Widersprüche zwischen Novellen unter einander oder zwischen einer Novelle einerseits und einer Stelle der Institutionen, der Digesten oder des Codex andererseits sind nach dem Grundsatze: Lex posterior derogat priori (S. 33) dahin zu entscheiden, daß stets das jüngere Gesetz vorgeht.

Dagegen ist dieser Grundsatz für die Lösung von „Antinomien" zwischen Stellen der drei geschlossenen Werke nicht zu verwenden. Zwar ist der Codex später veröffentlicht als die Institutionen und die Pandekten. Andererseits aber ist der Codex rep. praelect. nur eine neue Ausgabe des Vetus Codex. Aus der ersten Tatsache würde bei Anwendung des erwähnten Grundsatzes folgen, daß bei Antinomien die Codexstelle vorgehe, aus der letzteren, daß die Institutionen- oder Digestenstelle maßgebend sei: der hieraus sich ergebende Zweifel ist dahin zu lösen, daß die drei geschlossenen Teile des Corpus i. c. als Teile eines Gesetzbuchs anzusehen sind, denn dies war die in § 23 der Const. Tanta ausgedrückte Absicht Justinians. Widersprüche zwischen diesen drei Teilen (z.B. die berühmte Antinomie über die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechts, D. 1, 3, 32, 1 und C. 8, 53, 2, S. 18[20]) sind daher ebenso zu behandeln, als befänden sie sich in dem

gleichen Teile. Es ist also durch Vergleichung der widersprechenden Gesetze festzustellen, welchem derselben — etwa weil es die sedes materiae bildet, d. h. die zu entscheidende Frage absichtlich, nicht nur zufällig und nebensächlich behandelt, oder weil es dem fortgeschrittenen Rechtsbewußtsein mehr entspricht — der Vorzug zu geben ist. Gelingt hierdurch eine Lösung nicht, so sind beide Stellen als nicht vorhanden anzusehen und die betreffende Frage zu entscheiden: entweder im Wege der Gesetzesanalogie, d. h. durch Anwendung eines bestimmten, für einen dem Grunde nach ähnlichen Fall gegebenen Gesetzes, oder im Wege der Rechtsanalogie, d. h. unter Berücksichtigung der allgemeinen Rechtsgedanken, welche das betreffende Rechtsinstitut, und — wenn auch dies nicht hilft — das Rechtssystem beherrschen (S. 31).

Bei der Auslegung einer nach Sinn oder Tragweite zweifelhaften Digestenstelle ist eine doppelte Anschauungsweise, sog. duplex interpretatio, möglich.

Diese Stellen sind nämlich zu erklären unter Berücksichtigung einerseits der Absicht und Auffassung des Autors, dessen Werk sie entnommen sind, andererseits der Umstände, welche zu ihrer Aufnahme durch die Kompilatoren geführt haben, und ihrer Stellung im Zusammenhange der Kompilation. So hatte zB. in der S. 85[3] wiedergegebenen Stelle Ulpian nur die lex Iulia et Papia Poppaea im Auge, während die Kompilatoren diese Stelle als Bekräftigung der inzwischen durchgedrungenen Anschauung aufnahmen, daß der Kaiser über den Gesetzen stehe.

b. Handschriftliche Überlieferung.

Die meisten Handschriften stammen aus der Glossatorenzeit (Vulgathandschriften), nur wenige sind vorglossatorisch.

1. Von den Institutionen gibt es vier vorglossatorische Handschriften, darunter eine vollständige in Bamberg und eine unvollständige in Turin mit einem Scholien-Apparat (fortlaufenden Randglossen) aus dem 9.—10. Jahrhundert.

2. Die berühmteste Digestenhandschrift ist die vorglossatorische Florentina oder Pisana (sc. littera). Nach der Stadtgeschichte von Pisa soll sie das Handexemplar von Justinian gewesen und später nach Amalfi in Unteritalien gekommen sein. Kaiser Lothar soll die Handschrift dort 1135 erbeutet und den verbündeten Pisanern geschenkt haben, von wo sie 1406 bei der Eroberung von Pisa durch die Florentiner nach Florenz kam. Hier befindet sie sich noch. Die Florentina ist bis auf 14 Stellen (l. 7 § 5 bis l. 11 D. de bonis damnatorum 48, 20, l. 10 bis l. 19 D. de interdictis et relegatis 48, 22) vollständig. Die fehlenden Stellen sind aus den Basiliken (S. 148) ergänzt (leges restitutae).

Der Florentina gegenüber heißen die aus der Glossatorenschule hervorgegangenen Handschriften Vulgatae (von vulgare, bekannt machen), ihre Lesart lectio vulgata im Gegensatz zur lectio Florentina (S. 147). Ihr Verhältnis zur Florentina ist unsicher. Zweifellos beruhen die Vulgathandschriften auf der Florentina. Dies ergibt sich aus der Übernahme der durch Verheftung der beiden letzten Blätter der Fl. entstandenen Verwirrung in die Vulgathandschriften und aus dem Fehlen der erwähnten 14 Stellen auch in diesen. Andererseits können die Vulgathandschriften nicht auf der Fl. allein beruhen, denn einzelne Lücken und Lesarten dieser sind — wenigstens bis Buch 34 — in jenen verbessert. Mommsen hat nachgewiesen, daß die Vulgathandschriften nicht unmittelbar auf die Florentina, sondern auf eine etwa im elften Jahrhundert gefertigte Abschrift derselben zurückzuführen sind, welche bis Buch 34 mit einer ganz selbständigen Handschrift verglichen wurde.

Alle Vulgathandschriften haben eine eigentümliche Dreiteilung in

α. Digestum vetus bis D. 24, 2;

β. Infortiatum von D. 24, 3 bis D. 38, 17, dessen letzter Teil (von den Worten „tres partes ferant legatarii“ in l. 82 D. ad leg. Falcid. 35, 2 an) bei den Glossatoren „Tres partes“ heißt;

γ. Digestum novum von D. 39, 1 bis zum Schlusse.

Streitig ist, ob diese Einteilung mit Justinians Studienordnung zusammenhängt, welche sich nur auf Buch 1—36 bezog (S. 141) und ein gesondertes Abschreiben dieser Bücher veranlaßt haben mochte (Scheurl); oder ob sie darauf beruht, daß Irnerius (S. 149) anfänglich nur das „Dig. vetus" besessen, dann erst das „novum", noch später den mittleren Teil, und zwar nur bis zu den Worten „tres partes", erhalten habe, welch letzterer dann nach Auffindung der „Tres partes" als durch diesen Schlußteil „verstärkt", als „Infortiatum cum tribus partibus", bezeichnet wurde (Darstellung des Odofredus von Bologna, um 1250).

3. Vom Codex ist aus byzantinischer Zeit eine lückenhafte, 1817 in Verona aufgefundene Handschrift (sog. Veroneser Fragmente) vorhanden. Die späteren Handschriften enthalten meist nur die ersten neun Bücher, welche nunmehr allein als „Codex" bezeichnet werden, während man die Bücher 10 bis 12 „Tres libri" nannte und gesondert abschrieb. Dies erklärt sich daraus, daß im Mittelalter an Stelle des Codex ein Auszug daraus in Gebrauch war, welcher nur die ersten neun Bücher umfaßte, aber auch diese vielfach verkürzte. Erst später wurden auch die letzten drei Bücher wieder aufgefunden, aber mit den ersten neun nicht wieder vereinigt.

4. Die Novellen sind, wie S. 140 erwähnt, nicht amtlich zusammengestellt, sondern nur durch drei handschriftlich überlieferte Privatsammlungen bekannt:

α. Epitŏme Iuliani ist ein, auf einen antecessor Iulianus in Konstantinopel, 535—555, zurückgeführter Auszug aus 125 Novellen (darunter 1 Duplikat). Sie enthält die griechischen in einer verkürzten lateinischen Übersetzung.

β. Authenticum (liber Authenticorum)[1]) ist eine

[1]) Authenticum (αὐθεντικός, selbstschriftlich, original, maßgebend) oder Authentica (sc. constitutio) bedeutet dreierlei: a. die einzelne Novelle der oben bezeichneten Sammlung; b. einen von den Glossatoren aus einer Novelle gemachten Auszug, welcher neben die — das gleiche Rechtsgebiet behandelnde — Codexstelle ursprünglich zur Vergleichung an den Rand geschrieben wurde, all-

Sammlung von 134 Novellen, in einer Wiener Handschrift fast vollständig erhalten. Sie stammt aus den Jahren 554—556 und beruht vermutlich auf einer bei Einführung der Kodifikation in Italien (S. 149) entstandenen amtlichen Zusammenstellung. Die griechischen Novellen sind in einer lateinischen Übersetzung (versio vulgata) aufgenommen. Den Namen Authenticum erhielt diese Sammlung, weil sie von Irnerius an Stelle der bisher gebrauchten Epitome Iuliani als maßgebend anerkannt wurde. Von den Glossatoren wurden jedoch nur 97 (96) Novellen als praktisch (ordinariae, utiles) glossiert und (unter Teilung der Novelle 8 in zwei Titel) in 9 Collationes mit 98 Titeln eingeteilt. Die übrigen 37 (inutiles, extravagantes) wurden in 3 besondere Collationes gebracht. Über die Libri Feudorum als „Decima collatio novellarum" vgl. unten und D. § 49 d.

γ. Am vollständigsten ist eine (um 580 n. Chr. entstandene) Sammlung von 168 Novellen größtenteils in griechischer Sprache. Dieselbe enthält jedoch „Dubletten", nachjustinianische Novellen und einige formae von praefecti praetorio. Ein Verzeichnis zu dieser Sammlung ist der in Paris befindliche, aus der Bibliothek der Königin Christine von Schweden stammende, sogenannte Index Reginae. Diese Novellensammlung ist in einer Florentiner und einer Venetianer Handschrift erhalten.

c. Ausgaben.

Die Glossatorenhandschriften und die ersten Drucke gaben die justinianischen Rechtsbücher in fünf Teilen: 1. Digestum

---

mählich aber gesetzesähnliche Kraft erlangte; so war zB. die Authentica Si qua mulier über die Nichtigkeit der Verbürgung einer Ehefrau für ihren Ehemann ein Auszug aus Nov. 134, welcher zu l. 22 C. ad SC. Velleianum 4, 29 herangeschrieben wurde (unten § 44 b 3 β); c. Authenticae Fridericianae sind 2 Gesetze von Friedrich I. und 11 Gesetze von Friedrich II., welche ebenfalls in den Codextext eingeschrieben wurden, so zB. die Auth. Sacramenta puberum (Unanfechtbarkeit eidlich bestärkter Veräußerungsgeschäfte der puberes, s. unten) bei l. 1 C. 2, 26; vgl. D. §§ 9[a] (Navigia), 51 a 2 (Habita), 64 a 3 (Omnes peregrini). Über authentische Interpretation vgl. S. 29.

vetus, 2. Infortiatum, 3. Digestum novum, 4. Codex (d. h. die ersten 9 Bücher), 5. Volumen parvum (wegen des geringeren Umfangs) oder Volumen, d. h. die Institutionen, die Tres libri (S. 145) und das Authenticum, denen zuweilen noch angehängt sind: als Decima collatio novellarum die Libri Feudorum und die Leges Fridericianae; ferner (ursprünglich der Venetianer Handschrift, oben b 4 γ, angehängt) 13 Edikte Justinians, die Sanctio pragmatica pro petitione Vigilii (S. 149), 113 Novellen Leos, die Canones apostolorum (eine kirchenrechtliche Sammlung der griechischen Kirche, D. § 61 b), der Frieden zu Constanz zwischen Friedrich I. und den lombardischen Städten, endlich die von Bartolus als Collatio undecima bezeichneten Konstitutionen Kaiser Heinrichs VII. und Friedrichs I.

Die erste ungloſſierte kritische Ausgabe ist von Haloander (= Melzer, von ἀλωή, die Tenne, nicht = Hofmann, wie man früher meinte) aus Zwickau besorgt worden (Nürnberg 1529). Seinen auf den Vulgathandschriften unter Vergleichung der Florentina beruhenden, vielfach willkürlichen und daher nicht maßgebenden Text nennt man lectio Haloandrina s. Norica. Den reinen Text der Florentina gab zuerst die Ausgabe von Torelli 1553, lectio Taurelliana s. Florentina. Beide stehen der lectio vulgata (S. 144) gegenüber. Die erste Gesamtausgabe des Corpus iuris civilis unter diesem Titel, ohne Gloſſe und ohne die Einteilung in die 5 partes, stammt, wie erwähnt, von Dionysius (dem Vater von Jakobus) Gothofredus. Neuere Ausgaben sind von Kriegel 1833, und von Mommsen (Digesten unter Zugrundelegung der lectio Florentina), Krüger (Codex und Institutionen), Schöll und Kroll (Novellen) 1872—1895.

III. Fortbildung des Justinianischen Rechts.

§ 29. Fortbildung im Orient.

a. Wissenschaftliche Bearbeitungen der Kodifikation wagten sich mit Rücksicht auf Justinians Verbot (S. 135) anfänglich nur spärlich heraus. Erwähnenswert sind: eine griechische Institutionenparaphrase, angeblich von Theophilus, welche handschriftlich, vermutlich in einem nachgeschriebenen Kollegienheft, erhalten ist, ein Digestenkommentar des Stephanus und eine Codexparaphrase des Thaleläus.

b. Offizielle Rechtsbücher sind:

1. *Ἐκλογὴ τῶν νόμων* (Ecloga Leonis), ein von Leo dem Isaurier 740 veröffentlichtes Handbuch mit Gesetzeskraft.

2. *Ὁ πρόχειρος νόμος* (Manuale), ein unter Basilius Mazĕdo 878 verfaßtes, als Ersatz für die Institutionen bestimmtes Lehrbuch.

3. *Τὰ Βασιλικὰ* (sc. *νόμιμα*, Basilica Leonis, Kaiserrecht) oder *τὸ Ἑξακοντάβιβλον*, ein unter Basilius Mazĕdo (867—886) begonnenes, unter Leo Philosophus (886—912) veröffentlichtes Gesetzbuch in 60 Büchern, welches nach dem Systeme des Codex eine Verarbeitung der gesamten Kodifikation enthält. Dem Texte wurden später Erläuterungen (*σχόλια*) beigefügt: *Παραγραφαὶ τῶν παλαιῶν*, amtliche Glossen aus den zu a erwähnten Kommentaren, und *Νέαι παραγραφαί*, private Erläuterungen, welche im zwölften Jahrhundert zu einer glossa ordinaria der Basiliken anwuchsen. Die Basiliken, von welchen etwa $^2/_3$ mit den Scholien handschriftlich überliefert sind, bilden von nun an die Grundlage der wissenschaftlichen Bearbeitungen und haben im byzantinischen Reiche bis zu dessen Zerstörung durch die Türken 1453 Geltung behalten. Von den Basiliken ist ein Auszug in 6 Büchern (*ἡ Ἑξάβιβλος*) des Harmenopulos, Richters in Thessalonich 1345, deswegen erwähnenswert, weil er im Königreiche Griechenland 1835 an Stelle der von 1822—1835 maßgebend gewesenen Basiliken Gesetzeskraft erhalten hat.

§ 30. Fortbildung in Italien.

a. Nach Besiegung der Ostgoten 554 wurde die Kodifikation Justinians in Italien mittels einer Sanctio pragmatica: „Pro petitione Vigilii (venerabilis antiquioris Romae episcopi, quaedam disponenda esse censuimus“ usw.) verkündet. Bei der Eroberung Italiens durch die Langobarden (568) wurden zwar anfänglich die zu Unfreien gemachten Römer dem langobardischen Recht unterworfen; später aber siegte der deutsche Grundsatz der Personalität des Rechts (D. § 43 a. A.), und das römische Recht wurde als Stammesrecht der Römer anerkannt. Für seine Erhaltung wirkte auch die größere Macht mit, welche die römische Kirche nach Besiegung des Arianismus (S. 91) inzwischen erlangt hatte; denn diese stellte schon frühzeitig den Grundsatz auf: Ecclesia vivit lege Romana (D. § 38 A I a). Die Kenntnis des römischen Rechts wurde durch die Rechtsschulen in Ravenna, Rom und Pavia vermittelt. Von wissenschaftlichen Arbeiten dieser Zeit sind zu nennen:

1. Die Turiner Institutionenglosse (S. 143).
2. Der Brachylogus iuris civilis, ein Lehrbuch in 4 Büchern, entstanden um 1100.
3. Die Summa Perusina, ein nach einer in Perugia befindlichen Handschrift benannter Codexauszug aus dem achten Jahrhundert.
4. Petri Exceptiones legum Romanorum, entstanden um 1100 in Südfrankreich.

b. Einen neuen Aufschwung nahm die Wissenschaft des römischen Rechts nach Gründung der Rechtsschule in Bologna. Schon kurz nach 1000 soll der Gerichtsschöppe Pepo in Bologna das justinianische Recht erklärt haben. Als Begründer der Schule wird jedoch Irnerius (gest. 1140) angesehen. Dieser, ursprünglich Grammatiker, soll von einem Theologen um Erklärung des Wortes as, in dem Bibelspruche (Matthäus 10, 29): Nonne duo passeres asse veneunt? (Verkauft man nicht zwei Sperlinge um ein As?), angegangen und dadurch zur Durchsicht der römischen Rechtsbücher, welche er stückweise erhalten habe

(S. 145), veranlaßt worden sein. Seine Gönnerin war die Gräfin Mathilde von Canossa. Irnerius und seine Nachfolger lehrten, hierin das Beispiel der im 11. und 12. Jahrhundert blühenden langobardischen Rechtsschule in Pavia (liber Papiensis, D. § 43 l) nachahmend, das Recht exegetisch, d. h. sie legten die Quellen nach der Legalordnung Wort für Wort aus. Ihre Schüler schrieben diese Erklärungen, glossa (γλῶσσα), in ihre Texte, anfänglich unter die einzelnen Worte, glossa interlinearis, später an den Rand, glossa marginalis. Von dieser Lehrweise erhielten die Lehrer den Namen Glossatoren. Die Gesamtheit der Glossen zu einer Quelle hieß apparatus. Die berühmtesten Schüler des Irnerius waren die (mit den folgenden Beinamen bezeichneten) Quattuor Doctores: Bulgarus (os aureum, † 1166), Martinus (copia legum, † 1157), Iacobus de porta Ravennate (mens legum, † 1178), Hugo de Alberico (idem quod ego, † 1168). Unter den späteren Glossatoren sind die berühmtesten Azo († 1230) und als der letzte Accursius[1]) († 1260). Dieser stellte die Glossen seiner Vorgänger mit seinen eigenen zu einer Sammlung zusammen, welche bald eine maßgebende Bedeutung erhielt und allmählich als die Glosse (glossa ordinaria s. magistralis) angesehen wurde. Die von Accursius nicht glossierten Stellen wurden in den Gerichten nicht als praktisch angesehen und sind daher auch in Deutschland nicht rezipiert worden („Quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit curia", D. § 52 a). Nicht glossiert sind:

1. aus den Digesten die 14 leges restitutae (S. 144), l. 7 § 5 bis l. 11 D. 48, 20, l. 10 bis 19 D. 48, 22;

2. vom Codex die griechischen, von den Abschreibern wegen ihrer vermeintlichen örtlichen Begrenztheit und deshalb

[1]) Berühmt ist die Kontroverse zwischen Azo und Accursius darüber, welche Teilung einzutreten habe, wenn ausschließlich Geschwisterkinder als Intestaterben berufen sind. Azo wollte in diesem Fall in capita (jedes Geschwisterkind einen Teil), Accursius in stirpes teilen (alle Kinder eines Geschwisters zusammen einen Teil). Durch den Reichstag zu Speier 1529 wurde für die Teilung in capita (Azo) entschieden; vgl. D. § 95 b 2.

ſcheinbar geringeren Bedeutung (nach dem Satze: „graeca sunt, non leguntur") ausgelaſſenen Stellen;

3. von den Novellen die 37 inutiles des Authentikum (S. 145).

Bei der Lehrweiſe der Gloſſatoren iſt von einer Rechtsſyſtematik nicht die Rede, ebenſo wenig hatten ſie die für das Verſtändnis der Quellen erforderlichen geſchichtlichen und ſprachlichen Kenntniſſe. Aber ſie ſind unerreicht in der gründlichen Erfaſſung der Rechtsquellen, in der Zuſammentragung der Parallelſtellen und der Antinomien, deren Löſung ſie in der ſcharfſinnigſten Weiſe unternahmen.

c. Die Gloſſatoren hatten die Quellen ſelbſt ihren Studien zu Grunde gelegt. Ihre Nachfolger, die **Poſtgloſſatoren** oder **Kommentatoren** (etwa 1250—1500 namentlich in Perugia, Pavia, Padua), gingen von der glossa ordinaria des Accurſius aus, wobei ſie in Anwendung der aus Frankreich überkommenen ſcholaſtiſchen Methode das Gewicht auf die Entwickelung der abſtrakten Rechtsbegriffe (durch „Definitionen" und „Diſtinktionen") legten. Sie verloren damit den Zuſammenhang mit den Rechtsquellen („glossarum glossas scribunt") und verfielen einer unerträglichen Weitſchweifigkeit. Andererſeits verſtanden ſie es, das römiſche Recht den damals vorhandenen Lebensverhältniſſen anzupaſſen, es zu „moderniſieren": ihr Verdienſt iſt die Einführung des römiſchen und kanoniſchen Rechts in die Praxis der weltlichen Gerichte.

Die berühmteſten Poſtgloſſatoren ſind Durantis (Verfaſſer des Speculum iudiciale, 1272), Bartolus († 1379) und Baldus († 1400). Die beiden letztgenannten ſind die Urheber der noch dem heutigen internationalen Privat- und Strafrechte zu Grunde liegenden Theorie von der „Statutenkolliſion" (S. 32[38]).

Über die weiteren Schickſale des römiſchen Rechts, insbeſondere ſeine Aufnahme (Rezeption) in Deutſchland, vgl. D. §§ 51 ff.

III. Buch:

Übersicht über die Rechtsentwickelung.

§ 31. Das Privatrecht.

Die innere römische Rechtsgeschichte, d. h. die Geschichte der Entwickelung der einzelnen Institute des römischen Privatrechts bis zu ihrer heutigen Gestaltung ist ausführlich unten in den §§ 35ff. dargestellt. Hier ist nur der allgemeine Gang dieser Entwickelung zu verfolgen.

Wie in der römischen Geschichte überhaupt (S. 147), so lassen sich auch in der römischen Rechtsentwickelung auf dem Gebiete des Privatrechts vier Perioden unterscheiden. Die erste endet mit der Zwölftafelgesetzgebung und wird ausschließlich vom römischen Stadtrechte, dem ius civile (im engeren Sinne, vgl. oben S. 19), beherrscht. In der zweiten, bis zur Kaiserzeit reichenden Periode tritt neben das ius civile und allmählich an dessen Stelle das Reichsrecht, das ius gentium. In der dritten Periode, der ersten Hälfte der Kaiserzeit, entstehen neben dem mit einander verschmelzenden ius civile und ius gentium neue, auf der kaiserlichen Gesetzgebung (§ 18) beruhende Rechtsinstitute und Rechtssätze: ius novum s. extraordinarium, während in der vierten Periode ein einheitliches, das ganze Reich beherrschendes ius Romanum zur Durchbildung und schriftlichen Feststellung gelangt, dem gegenüber die früheren Unterscheidungen von ius civile, ius honorarium und ius gentium fast nur noch theoretischen Wert behalten.

a. Erste Periode.

1. Das Recht der ersten Periode ist nur für römische Vollbürger gegeben: nur wer commercium, d. h. Fähigkeit zu den Geschäften des ius civile, und connubium, d. h. Fähigkeit zur Eingehung einer vollgültigen Ehe (iustum matrimonium) und damit zur Begründung einer familia (S. 61[5]) hat, ist des ius civile teilhaftig. Die Rechtsordnung steht mit dem göttlichen Rechte (fas, ius sacrum) noch in engem Zusammenhange. Die Pontifices sind die Hüter der Rechtssätze, die sich durch Überlieferung forterben (S. 156).

2. Romulus soll bei Gründung der Stadt jedem Bürger ein frei veräußerliches Gut (heredium von herus = Herr, davon später heres = Erbe) von 2 iugera zugeteilt haben. Außerdem ist jeder Bürger zur Benutzung des Gemeinlandes (ager publicus) als Weide für sein Vieh befugt. Den wesentlichen Bestandteil des Vermögens bildet das Kleinvieh (pecus), welches in dem den Güterumsatz vermittelnden Tauschverkehr als allgemeiner Wertmesser gilt (daher pecunia = Geld, S. 61[5]).

Das pecus als Wertmesser wird später durch das Kupfer (aes) in Barren (rauduscul um) ersetzt, welches zwar schon unter Servius Tullius eine seine Reinheit feststellende Marke erhalten haben soll, aber erst zur Zeit der Dezemvirn mit einer amtlichen Wertstempelung versehen wird. Bis dahin muß es im Geschäftsverkehre zugewogen werden. Aus diesem „Zuwiegen" erklären sich die beiden Rechtsgeschäfte, „negotia per aes et libram", welche den Vermögensverkehr der ältesten Zeit beherrschen: die mancipatio und das nexum.

α. Die mancipatio (in der alten Sprache mancipium genannt) ist ein feierlicher Kauf, bei welchem der Käufer vor fünf (vielleicht die fünf Censusklassen vorstellenden) mündigen römischen Bürgern und einem Wägemeister (libripens)[1]) dem Verkäufer das aes zuwiegt und dann unter

[1]) Erwähnt wird bei (nichtjuristischen) Schriftstellern und in den erhaltenen Manzipationsurkunden (S. 105[9]) noch der antestatus,

Ergreifen (manucaptio, daher der Name) der gekauften Sache (bei Grundstückskäufen also wenigstens anfänglich auf dem Grundstücke selbst, vgl. Gajus Inst. 1, 119ff.) in feierlichen Worten erklärt, daß das Eigentum derselben auf ihn übergegangen sei: „Hunc ego hominem (Sklave) ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneāque libra" (Gajus Inst. 1, 119). Bis zur Einführung des gemünzten Geldes lag in dem Zuwägen des Erzes die wirkliche Zahlung des Kaufpreises. Später erfolgt diese unabhängig vom Manzipationsakte, dessen Form aber unverändert bleibt. Alle Gegenstände, die das „Bauerneigentum" bilden, werden durch Manzipation übertragen (oben S. 61[5] und unten §§ 40 c, 122 a 1).

β. Das nexum (von nectere, fesseln) im weiteren Sinn umfaßt alle per aes et libram geschlossenen Geschäfte (mancipatio, nexum, nexi liberatio); im engeren Sinne bezeichnet es ein unter denselben Formen wie bei der mancipatio gegebenes Darlehen, bei welchem der Darlehnsgeber nach dem Zuwägen des aes feierlich erklärt, daß der Empfänger zur Rückgabe des Darlehns verpflichtet sei: „Dare damnas esto". Erfolgt die Rückgabe (auf dem umgekehrten Wege: nexi liberatio, solutio per aes et libram, unten § 78 a 1 *β*) nicht zu gehöriger Zeit, so gilt der Schuldner, da er sich für den Fall des Verzugs dem Gläubiger mit seiner Person für verfallen erklärt hat, als iudicatus, sodaß gegen ihn ohne Klage und Urteil sofort die Zwangsvollstreckung (durch manus iniectio, Abführung in die Schuldknechtschaft, s. u.) betrieben werden kann.

3. Das Familien- und Erbrecht beruht allein auf der agnatio (unten § 37d): sämtliche Familienglieder unterstehen der patria potestas oder manus des pater familias. Patria potestas und manus sind rein einseitige Rechte des Hausvaters, sie begründen keine Pflichten wie die deutschrechtliche Munt (vgl. D. § 84[2]); sie geben ihm ein Züchtigungs-

dessen Beteiligung am Manzipationsakte nicht aufgehellt ist (ein hinzugezogener Priester? der Vormann unter den Zeugen? ein neben den vorgeschriebenen 5 Solennitätszeugen als Beweiszeuge Zugezogener?).

recht, ja unter Umständen ein Recht der Tötung und des Verkaufs in die Knechtschaft. Die Ehefrau in manu mariti steht rechtlich ihren Kindern in patria potestate vollkommen gleich.

Die Hausuntergebenen haben keine eigene Vermögensfähigkeit; was sie erwerben, erwerben sie notwendig (ipso iure) dem Hausherrn.

Stirbt dieser, so werden seine Gewaltuntergebenen gewaltfrei (sui iuris) und ohne weiteres Eigentümer des Familienvermögens (sui heredes). Sind keine sui heredes vorhanden, so kann der pater familias durch einen vor den Kuriatkomitien vorzunehmenden Rechtsakt (arrogatio) einen anderen römischen gewaltfreien Bürger an Sohnesstatt annehmen. Ist dies nicht geschehen, so ist für diese älteste Zeit zweifelhaft, ob die res familiaris an die gens oder die nächsten Seitenverwandten vom Mannesstamme (agnati) fällt.

Übrigens ist der pater familias durch eine vor den Kuriatkomitien oder dem zum Ausrücken bereiten Kriegsheer abgegebene Erklärung (testamentum calatis comitiis, S. 64, und testamentum in procinctu) auch zu einer anderweiten Zuwendung des Vermögens für den Fall seines Todes befugt.

b. Zweite Periode.

Das Privatrecht der zweiten Periode beruht, wie eingangs erwähnt, auf zwei Bestandteilen, die erst allmählich mit einander verschmelzen: dem ius civile und dem ius gentium.

1. Ius civile.

a. Das ius civile baut sich in der Hauptsache auf den zwölf Tafeln auf (S. 52).

Die Römer hatten bei ihrem starren Festhalten an dem überlieferten Recht im allgemeinen nicht die Neigung, das einmal begründete Privatrecht durch neue Gesetze zu ändern. Nachdem durch die zwölf Tafeln eine feste Grundlage geschaffen war, wurde die weitere Entwickelung des Rechts

wesentlich der Gewohnheit und der Übung der zur Rechtsprechung berufenen Magistrate überlassen, die grundsätzlich nichts an dem Zwölftafelrecht ändern durften.

Das Bestreben der prudentes, der Rechtsgelehrten der älteren Zeit, war zunächst auf die Feststellung des Inhalts der zwölf Tafeln und deren Ausbau gerichtet; das Ergebnis dieser Tätigkeit ist die interpretatio. Durch diese haben die prudentes aus den wenigen privatrechtlichen Sätzen der zwölf Tafeln (S. 101) mittels einer die Worte unberührt lassenden, sachlich aber vielfach ganz willkürlichen Auslegung und Ausdehnung ein Rechtssystem geschaffen, welches, als auf rein römischen Anschauungen erwachsen und nur für Römer bestimmt, ius civile genannt wurde. Die Träger der interpretatio waren anfänglich die Pontifices. Nur ihnen war das ius sacrum, mit dem das Privatrecht noch immer eng zusammenhing, bekannt, und nur sie verstanden es, die dies fasti zu berechnen, an welchen allein das lege agere, das Verhandeln vor Gericht, zulässig war. Es wurde deshalb auch jedes Jahr ein Pontifex mit der Raterteilung an Private betraut (D. 1, 2, 2, 6).

Die durch die interpretatio gefundenen Rechtsregeln wurden nicht als abstrakte Grundsätze hingestellt, sondern zwecks sofortiger praktischer Verwendung in Formeln zur Vornahme von Rechtsgeschäften und zur gerichtlichen Geltendmachung (legis actiones) eingekleidet. Dies war um so wichtiger, als bei der Klage der geltend gemachte Anspruch sich auf einen Satz des Gesetzes stützen und dem Wortlaute desselben genau angepaßt sein mußte[2]).

---

[2]) Jedes Abweichen von den verba solemnia führte den Verlust des Anspruchs herbei, selbst wenn dem Sinne nach dasselbe ausgedrückt war. Gajus berichtet zB. in seinen Institutionen 4, 11: eum, qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum est rem perdidisse, cum debuisset arbores nominare eo, quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur. Über die ähnlich formalistische Gestaltung des altdeutschen Prozesses vgl. D. § 99 a 1.

Auch die legis actiones waren ausschließlich den Pontifices bekannt. Die Abhängigkeit des Volks von den Priestern wurde — abgesehen von der nach Zulassung der Plebejer zum Kollegium der Pontifices (lex Ogulnia 300 v. Chr., S. 55) eintretenden Verallgemeinerung der Rechtskenntnis — durch zwei Veröffentlichungen beseitigt:

a. Im Jahre 304 v. Chr. soll Cn. Flavius, Sekretär des Censors Appius Claudius (S. 63[7]), die von diesem aufgeschriebenen legis actiones entwendet und mit einem Verzeichnisse der Gerichtstage veröffentlicht haben (ius Flavianum).

b. Hundert Jahre später, 204 v. Chr., ergänzte Sextus Aelius Paetus Catus (der „Schlaue") das erstgenannte Werk in einem dreiteiligen, daher Tripertita genannten Buche, welches die zwölf Tafeln, die interpretatio und die legis actiones enthielt (ius Aelianum).[8])

β. Das ius civile bewegt sich in starren Formen. Das pactum, die formlose Vereinbarung, hat keine verpflichtende Kraft. Bindend ist nur, was in einer anerkannten Rechtsform zum Abschlusse gelangt. Eine solche ist die zunächst nur für den Kauf der res mancipi (S. 61[5]) bestimmte mancipatio (S. 153), welche dem Parteiwillen insofern freien Spielraum läßt, als die dabei getroffenen mündlichen Vereinbarungen (zB. Ausschluß der Eviktionshaftung, unten § 88 a 2 β, Eigentumsübertragung unter Vorbehalt einer Servitut, unten § 137 a) nach den zwölf Tafeln bindend sind („cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto"). Bald erkennt man, daß die mancipatio auch für andere als Kaufgeschäfte zu verwenden ist. Formell läßt man den äußeren Tatbestand des Kaufs bestehen. Indem man aber als Kaufpreis einen Sesterz, also einen Scheinpreis bestimmt (mancipatio nummo uno), wird die mancipatio zu einer reinen Rechtsform (imaginaria venditio), welche dem eigentlichen, daneben mündlich

[8]) Pomponius nennt in seiner bereits mehrfach erwähnten Rechtsgeschichte D. de origine iuris 1, 2, 2, 38 die Tripertita: „veluti cunabula iuris", die „Wiege des Rechts".

vereinbarten Rechtsgeschäfte (nuncupatio) verpflichtende Kraft verleiht. So wird die Manzipation den verschiedensten Zwecken dienstbar gemacht. Durch sie erfolgt die Begründung der servitutes praediorum rusticorum sowie der manus, ferner die Emanzipation (die Entlassung aus der patria potestas), sie ermöglicht eine neue Art der Testamentserrichtung[4]) sowie die fiducia[5]), d. h. eine Manzipation, bei welcher der Scheinkäufer die manzipierte Sache nicht zu dauerndem Eigentum erhält, sondern sich verpflichtet, mit derselben einer gewissen mündlichen Abrede „getreu" zu verfahren. In ähnlicher Weise entwickelt sich die solutio per aes et libram zu einer imaginaria solutio (unten § 78[2]).

Neben der in ihrer Anwendung sonach immer noch beschränkten Manzipation entwickelt sich, vielfach zu denselben Zwecken, eine neue Rechtsform: die in iure cessio, unter Anknüpfung an den Satz der zwölf Tafeln: confessus pro iudicato habetur (s. u.). Diesen prozessualen Grundsatz verwendet man zunächst zur Eigentumsübertragung an res mancipi und an res nec mancipi, indem, wie in einem Eigentumsprozesse (vindicatio, unten § 129 f), der Erwerber die Sache vor dem Magistrat als die seine beansprucht, der Veräußerer dies als richtig zugesteht und der Magistrat die

---

[4]) Beim Manzipationstestamente (testamentum per aes et libram) trat ursprünglich der Erbe als Käufer auf (familiae emptor); der Testator verkaufte ihm nummo uno sein Vermögen auf den Todesfall, indem er seine sonstigen letztwilligen Verfügungen mündlich erklärte. Später trat an die Stelle des Erben eine beliebige andere Person.

[5]) In der Form der fiducia erfolgt zB. die älteste Pfandbestellung. Der Gläubiger erhält an der zu seiner Sicherheit ihm übergebenen Sache durch die mancipatio Eigentum, ist aber zur remancipatio nach Tilgung seiner Forderung verpflichtet. Auch zur Aufbewahrung und zum Gebrauche kann die fiducia geschlossen werden. Der Rückerwerb der manzipierten Sache geschieht durch (re)mancipatio, in iure cessio oder durch Rückgabe und darauf folgenden einjährigen Besitz (usureceptio fiduciae). Gibt der Empfänger nicht zurück, so klagt der Geber mit der actio fiduciae. Diese infamiert, wenn der Richter findet, daß der Empfänger sich nicht verhalten habe, „ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione". Die actio fiduciae ist die älteste actio bonae fidei.

addictio an den Erwerber ausspricht[9]). Diese imaginaria vindicatio dient ferner zur Freilassung vindictā (unten § 37b), zur Begründung und Aufhebung von familienrechtlichen Gewaltverhältnissen (Emanzipation, Annahme an Kindesstatt), zur Begründung von Rechten an fremder Sache (Servituten) und zur Übertragung des Erbrechts (der hereditas legitima).

Streng einseitige Schuldverhältnisse werden begründet in der Form der sponsio. Die sponsio ist ein in mündlicher Frage und wörtlich entsprechender Antwort geschlossener, von einer Weinspende (spondeo) begleiteter sakraler Vertrag (stipulatio, unten § 73 b 1 α). Derjenige, dem etwas versprochen werden soll, fragt: dare spondes? Der Andere erwidert: spondeo. Die Verpflichtungskraft der sponsio liegt in den unter Anrufung der Götter gesprochenen Worten (verborum obligatio). Ein (ebenfalls streng einseitiges) Schuldverhältnis kann auch schriftlich begründet werden, nämlich durch die Eintragung in das von jedem römischen Geschäftsmanne geführte Rechnungsbuch (codex accepti et expensi). Die Verpflichtung des Schuldners entsteht hierbei dadurch, daß der Gläubiger mit Zustimmung des Schuldners in seinem Rechnungsbuche den Vermerk gemacht hat, daß eine bestimmte Summe an den Schuldner gezahlt sei (expensilatio). Hier ist das Verpflichtende die schriftliche Eintragung (litterarum obligatio, unten § 73 b 1 β). Sowohl die sponsio als die Eintragung begründen abstrakte Schuldverbindlichkeiten, d. h. es ist rechtlich gleichgültig und gelangt daher nicht zum Ausdruck, aus welcher Veranlassung (causa debendi) der Schuldner sich verpflichtet hat.

---

[9]) Vgl. G. 2, 24: In iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani, veluti praetorem, is cui res in iure ceditur rem tenens ita dicit „hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio“; deinde postquam hic vindicaverit, praetor interrogat eum qui cedit, an contra vindicet; quo negante aut tacente tunc ei qui vindicaverit, eam rem addicit; idque legis actio vocatur.

Das Familien- und Erbrecht bleibt von dem Grundsatze der Unterwerfung der Familienglieder unter die ehemännliche und hausherrliche Gewalt des pater familias beherrscht. Nur die auf der Hausgemeinschaft beruhende agnatio hat auch jetzt noch für das ius civile Bedeutung, nicht die auf der Blutsverwandtschaft beruhende cognatio. Blutsverwandte, welche durch Emanzipation aus ihrer angestammten Familie ausgeschieden sind, gelten im Sinne des römischen Civilrechts nicht mehr als Verwandte, während Fremde, welche durch Arrogation in die patria potestas des Familienhaupts gelangen, in die Stellung von Agnaten treten.

2. Ius gentium.

α. Das ius civile fand nur auf die des connubium und commercium teilhaftigen Personen Anwendung, oben S. 153. Stritten Peregrinen desselben Standes unter einander, so kamen bei der Entscheidung gemäß dem Personalitätsprinzip ihre heimischen Rechtsnormen zur Anwendung. Schwierigkeiten entstanden jedoch, wenn Peregrinen verschiedener Staaten oder Peregrinen und Römer in einem Rechtsstreite befangen waren. Für solche Fälle gab es kein positives Recht, und der die Verhandlung leitende Magistrat, der praetor peregrinus (S. 77), war genötigt, die Entscheidung aus der vernünftigen und billigen Beurteilung des einzelnen Falls, ex aequo et bono, zu entnehmen. Ganz willkürlich brauchte der Magistrat nicht zu verfahren. Je mehr der Peregrinenverkehr und damit die Kenntnis fremder Rechte sich hob, desto klarer wurde es, daß der Rechtsverkehr sich in den einzelnen Staaten zwar in verschiedenartigen Formen bewegt, daß aber gewisse leitende Rechtsgedanken wegen ihrer Allgemeingültigkeit bei fast allen Völkern wiederkehren. Diese allgemeingültigen Rechtssätze wurden durch eine langjährige Praxis festgestellt und zu einem Rechtssysteme, ius gentium, ausgebildet, welches neben das ius civile trat.

β. Das Eigentümliche des ius gentium ist die Formlosigkeit des Geschäftsverkehrs. Das ergab sich aus der Unmöglichkeit des Gebrauchs der civilrechtlichen Formen, sofern bei einem Geschäft ein Peregrine beteiligt war.

a. Im Gebiete des Schuldrechts ist den Peregrinen die sponsio ihrer sakralen Natur wegen versagt; in jeder anderen Form (zB. promittis? dabis?) wird die in mündlicher Rede und Gegenrede eingegangene einseitige Verpflichtung (stipulatio) jedoch auch Peregrinen zugänglich gemacht. Bei einzelnen täglich vorkommenden Geschäften wird die einfache Vereinbarung (nudus consensus), bei anderen die auf Grund einer Vereinbarung erfolgte Hingabe einer Sache oder Bewirkung einer Leistung (res) als das Geschäft klagbar machend anerkannt. So entwickeln sich die beiden Vertragsarten der Konsensualkontrakte (emptio venditio, locatio conductio, societas, mandatum) und der benannten Realkontrakte (mutuum, depositum, commodatum, pignus), zu denen später eine Reihe unbenannter Realkontrakte (Innominatkontrakte, zB. contractus aestimationis, permutatio) hinzutritt[7]).

b. Auf dem Gebiete des Sachenrechts sind Peregrinen eines dominium ex iure Quiritium unfähig, denn ein solches kann nur durch die ihnen versagte mancipatio oder in iure cessio sowie durch Ersitzung (usucapio) erlangt werden. Aber der Prätor gibt ihnen ein Widerspruchsrecht gegen den fortbestehenden civilrechtlichen Anspruch des bisherigen Eigentümers (exceptio rei venditae et traditae), wenn sie eine Sache gekauft, übergeben erhalten und bezahlt

---

[7]) Die Konsensual- und Realverträge waren contractus, d. h. es entsprang aus ihnen eine durch das Civilrecht anerkannte Klage. Das Civilrecht kannte unter Hinzunahme der Stipulation und des Litteralkontrakts nunmehr 4 Begründungsarten (causae civiles) von Obligationen: verba, litterae, res, consensus; vgl. unten § 73 b.

Aus der Darstellung des Textes geht hervor, daß (wie bereits oben S. 19 angedeutet ist) das ius gentium nicht lediglich auf dem Wege des prätorischen Edikts Geltung erlangt hat, daß mithin ius gentium und ius honorarium (S. 114) auseinandergehalten werden müssen. Die oben bezeichneten Konsensual- und Realkontrakte gehören vielmehr, obwohl dem ius gentium entstammend, dem ius civile (im weiteren Sinne, S. 19) kraft Gewohnheitsrechts an, während zB. das constitutum debiti erst durch den Prätor (pactum praetorium) klagbar wurde (unten § 73 b 2).

haben, und schützt sie dritten gegenüber gleich Eigentümern (in bonis esse, bonitarisches Eigentum; unten §§ 120 b 1, 122 a 1).

c. Während das civile Familien- und Erbrecht vom iustum matrimonium (S. 153) ausgeht, erkennt das ius gentium auch die natürliche Ehe, d. h. eine formlos, aber in der Absicht dauernder Geschlechtsverbindung eingegangene Lebensgemeinschaft, als rechtsbeständig an. Freilich erhält der Mann in einer solchen Ehe weder manus über die Ehefrau, noch patria potestas über seine Kinder, und eine agnatio zwischen diesen Personen wird nicht begründet. Dafür betont das ius gentium, insbesondere bei der Erbfolgeordnung, die cognatio, die natürliche Blutsverwandtschaft (§ 37 d 2). Sie wurde namentlich berücksichtigt bei der vom Prätor dem Erben erteilten bonorum possessio.

γ. Es konnte nicht ausbleiben, daß die Grundsätze des ius gentium (insbesondere der Schutz des durch bloße traditio erlangten bonitarischen Eigentums an res mancipi) bald auch auf die Rechtsverhältnisse zwischen Römern zur Anwendung gebracht wurden. Umgekehrt wurden, wie bei der stipulatio bereits erwähnt, gewisse bewährte Rechtsformen des ius civile des streng nationalen Gewandes entkleidet und auch den Peregrinen zugänglich gemacht.

Allmählich fand so eine Verschmelzung des ius civile und des ius gentium statt, dergestalt daß am Ende der zweiten Periode ein einheitliches Rechtssystem (soweit man für diese Zeit überhaupt von einem solchen sprechen kann, unten § 61 a) vorhanden ist, innerhalb dessen die Unterscheidung der Rechtsinstitute und Rechtssätze in solche des ius civile und des ius gentium fast gar keine praktische, sondern wesentlich nur eine rechtsgeschichtliche Bedeutung hat. In der Theorie aber wurde die Scheidung bis auf die justinianische Kodifikation festgehalten. Durchgeführt wird die Vereinheitlichung des Rechts durch die Rechtsprechung des praetor urbanus und des praetor peregrinus, besonders seit der durch die lex Aebutia (S. 167) herbeigeführten teilweisen Ersetzung des Legisaktionenprozesses durch den Formularprozeß. Denn von nun an war der Prätor nicht

mehr an bestimmte Formeln gebunden, sondern in der Lage, in der für jeden Prozeß besonders aufzustellenden formula die dem einzelnen Fall eigentümlichen Umstände, das aequum et bonum, zu berücksichtigen.

c. Dritte Periode.

Wie auf dem Gebiete des Staatsrechts (§ 37 c), so macht sich auch in der Entwickelung des Civilrechts der dritten Periode die ausgleichende Richtung bemerkbar. Diese Ausgleichung erfolgt in noch stärkerem Maße als in der vorigen Periode in der Weise, daß die rein civilrechtlichen, also nur für Römer anwendbaren Institute und Rechtsgrundsätze unpraktisch werden und die dem ius gentium entstammenden, für alle Reichseinwohner maßgebenden Normen zur alleinigen Herrschaft gelangen.

Die natürlichen Rechtsprinzipien: die Formfreiheit, die bona fides und das aequum et bonum finden daher immer mehr Berücksichtigung. Diese Fortentwickelung erfolgt wie bisher wesentlich durch die Rechtswissenschaft (§ 20) und die Übung der rechtsprechenden Magistrate (§ 19). Daneben greifen aber auch bald die Kaiser tätig ein, anfänglich nur mittelbar durch Beantragung von Gesetzen bei den Komitien und beim Senat und durch ihre Rechtsprechung, später ohne diesen Umweg durch selbständige Aufstellung von Rechtsnormen (§ 18).

Das durch die Kaiser geschaffene neue Recht heißt ius novum oder, weil seine Einführung im Prozeß im Wege der extraordinaria cognitio (S. 168) geschah, ius extraordinarium.

Auf dem Gebiete des Vermögensrechts gleicht sich der Unterschied zwischen dem quiritarischen Eigentume, d. h. dem von einem Bürger auf Grund einer civilrechtlichen Eigentumserwerbsart erlangten, und dem bonitarischen Eigentume, d. h. dem von Peregrinen oder durch bloße Tradition einer res mancipi erworbenen, völlig aus. Eine durch das ius extraordinarium geschaffene Erweiterung des Obligationenrechts ist zB. die Zulassung der Klagbarkeit einer Vergütung (honorarium) für Leistungen von Berufsarbeiten

(operae liberales), zB. der Ärzte, Advokaten, während sonst der Auftrag (mandatum) von dem Beauftragten unentgeltlich ausgeführt werden muß.

Im Gebiete des Familienrechts erhält das Eherecht (nicht ohne Rücksicht auf fiskalische Gesichtspunkte, S. 87[1]) eine Neuordnung durch zwei von Augustus durchgebrachte Gesetze, die lex Iulia de adulteriis 18 v. Chr. und die lex Iulia et Papia Poppaea 4/9 n. Chr. Die erstere richtete sich gegen die eingerissene Zügellosigkeit im Geschlechtsverkehre: gegen adulterium, lenocinium, stuprum. Eine lex Iulia de maritandis ordinibus war von Augustus schon 28 v. Chr. beantragt worden, wurde aber erst 4 n. Chr. durchgesetzt und trat 9 n. Chr. mit Abänderungen auf Antrag der Konsuln Papius und Poppaeus als lex Iulia et Papia Poppaea in Kraft (vgl. S. 103[5]).

Die Stellung des Haussohnes wird eine freiere, indem seine Vermögensfähigkeit wenigstens bezüglich des von ihm als Soldat Erworbenen (peculium castrense) anerkannt wird. Im Vormundschaftsrechte wird eine staatliche Beaufsichtigung eingeführt, welche in Rom seit Mark Aurel von einem praetor tutelaris ausgeübt wird. Die Vormundschaft beginnt, ein wahres Amt, nicht bloß ein Recht des Vormunds zu bilden (vgl. oben S. 154 bezüglich der patria potestas).

Das gesetzliche Erbrecht wird in immer steigendem Maß auf die Blutsverwandtschaft, cognatio, gegründet. Neben den dem Civilrecht entstammenden formellen Zuwendungen in einem Testamente (legata) werden auch formlose, in eine Bitte an den Erben gekleidete Verfügungen zu Gunsten dritter (fideicommissa) als bindend und klagbar anerkannt.

d. Vierte Periode.

In der vierten Periode sind alle praktisch bedeutsamen Unterscheidungen des Rechts in ius civile und gentium, in ius ordinarium und extraordinarium gefallen, es gibt nur ein einheitliches für den ganzen orbis Romanus geltendes ius Romanum. Auf die Fortentwickelung des Rechts

übt das Christentum einen gewissen Einfluß aus, welcher sich zB. in der Bevorzugung der piae causae, der Zuwendungen zu frommen Zwecken, zeigt.

Der Vermögensverkehr ist von den meisten Formschranken befreit, nur Schenkungen über 500 solidi und Vergleiche über hinterlassene Alimente bedürfen gerichtlicher Verlautbarung (unten § 47 a 2). Der Unterschied zwischen res mancipi und res nec mancipi ist bedeutungslos geworden.

Im Familienrechte werden die meisten Bestimmungen der lex Iulia et Papia Poppaea wieder beseitigt, die Ehescheidung wird erschwert, die Eheverbote werden vermehrt. Die patria potestas erleidet Beschränkungen, indem die Hauskinder nicht nur bezüglich des peculium castrense, sondern auch des durch ein Amt (peculium quasi castrense) oder vom mütterlichen Stamm her Erworbenen (bona adventicia) für selbständig vermögensfähig erklärt werden. Eine neue Begründungsart der väterlichen Gewalt wird in der Ehelichkeitserklärung unehelicher Kinder (legitimatio per subsequens matrimonium und per rescriptum principis) eingeführt. An die Stelle der früheren Emanzipation durch Manzipation tritt die emancipatio per rescriptum principis (emancipatio Anastasiana) und durch gerichtlichen Vertrag (emancipatio Iustinianea).

Im Gebiete des Erbrechts werden die Testamentsformen vereinfacht (testamentum principi oblatum und apud acta conditum). Das Intestaterbrecht wird ausschließlich auf Grundlage der Cognation geordnet.

§ 32. Der Civilprozeß.

Das Verfahren, in welchem in Rom private Ansprüche vor den Gerichten geltend zu machen waren, ist im römischen Civilprozeß ausführlich darzustellen. Hier soll nur, wie dies im § 31 für das materielle Recht geschehen ist, eine allgemeine Übersicht über den Entwickelungsgang gegeben werden.

Dem römischen Civilprozeß (ordo iudiciorum privatorum) ist bis in die Kaiserzeit eine Teilung der richterlichen Tätigkeit („Cäsur des Verfahrens") eigentümlich. Die Einleitung des Verfahrens und die Feststellung des Streitstandes erfolgt nämlich vor einem Beamten, einem magistratus iuri dicundo (Verfahren in iure), die wirkliche Entscheidung dagegen durch Laien (iudices, arbitri, recuperatores, Verfahren in iudicio). Erst in der Kaiserzeit fiel mit Einführung der extraordinaria cognitio diese Trennung fort und zwar vollständig erst unter Diokletian (294 n. Chr.).

Hinsichtlich des Verfahrens sind mehrere — mit den Perioden der allgemeinen Rechtsgeschichte (S. 47) nicht zusammenfallende — Entwickelungsabschnitte zu unterscheiden, die man mit den Ausdrücken: Legisaktionenverfahren, Formularverfahren, Kognitionalverfahren zu bezeichnen pflegt.

a. Legisaktionenverfahren.

Legisactio bedeutet im w. S. eine in bestimmter feierlicher Form vorgenommene Rechtshandlung (lege agere, S. 156), im e. S. eine auf Durchsetzung eines Anspruchs gerichtete Prozeßhandlung sowie das hierfür angeordnete Verfahren. Solcher Verfahrensarten gab es im ältesten römischen Prozesse fünf: drei für das Verfahren zwecks Erlangung eines vollstreckbaren Urteils (legisactio sacramento, per iudicis arbitrive postulationem und per condictionem) und zwei für die Vollstreckung des durch Urteil festgestellten Anspruchs (legisactio per manus iniectionem und per pignoris capionem).

b. Formularverfahren.

Dem Legisaktionenverfahren war eine große Formenstrenge eigentümlich. Es war nur für Ansprüche zulässig, die sich auf einen Satz des ius civile stützen konnten und für welche eine Klagformel (legisactio) vorhanden war, die dann ohne jede Abänderung verwendet werden mußte (S. 156[2]). Den Bedürfnissen eines gesteigerten Geschäftsverkehrs war

ein so starres Verfahren nicht gewachsen. Eine Umgestaltung brachte die lex Aebutia (um 200 v. Chr.), durch welche das Verfahren per formulas in den Prozeß eingeführt wurde. Formula ist eine schriftliche Anweisung, durch welche der Magistrat bei Beendigung des Verfahrens in iure dem hierbei von ihm ernannten Laiengeschworenen die Bedingungen angibt, unter denen er den Beklagten zu verurteilen oder den Kläger abzuweisen hat. Den Inhalt der formula bestimmt der Magistrat nach seinem die Umstände des einzelnen Falls berücksichtigenden billigen Ermessen unter Zugrundelegung der von ihm in seinem Edikt aufgestellten Rechtsgrundsätze (S. 113). So erhält er die Möglichkeit, im Wege der Rechtsprechung (praetor ius dicere potest, facere non potest, S. 113) neue, den Zeitbedürfnissen gerecht werdende Rechtssätze einzuführen und veraltete kraftlos zu machen[1]).

---

[1]) Über die Fassung der Formel ist im Civilprozeß ausführlich zu sprechen. Hier ist nur des Verständnisses wegen vorwegzunehmen, daß die formula — abgesehen von der sie einleitenden Bestellung des Laienrichters (Titius iudex esto! oder Licinius, Sempronius, Seius recuperatores sunto!) — vier Hauptbestandteile enthalten kann (G. 4, 39 ff.):

a. die intentio, d. h. den vom Kläger geltend gemachten Anspruch, eingeleitet mit „Si paret" (bei den fest bestimmten actiones certae) oder „Quidquid paret" (bei den erst durch den iudex dem Umfange nach zu ermittelnden Ansprüchen, actiones incertae);

b. die der intentio vorangehende demonstratio, d. h. eine kurze juristische Bezeichnung des dem Anspruche zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses (Klagegrund);

c. die den Schluß der Formel bildende condemnatio (... „condemna, si non paret absolve");

d. die adiudicatio, Zuweisung des streitigen Gegenstands an eine der Parteien.

Die adiudicatio fand sich nur in Teilungsprozessen (§ 107 c), die demonstratio nur bei den actiones incertae; bei Feststellungsklagen (§ 60[2]) fehlte auch die condemnatio. In den Formelbeispielen in Gajus' Institutionen Buch IV wird der Kläger mit A. A. (Aulus Agerius, der Reiche, welcher klagt), der Beklagte mit N. N. (Numerius Negidius, der zahlen soll, aber dies verweigert) bezeichnet.

c. Kognitionalverfahren.

Das Formularverfahren blieb bis in das 3. Jahrhundert n. Chr. in Geltung. Daneben entwickelte sich seit der ersten Kaiserzeit für die auf ius novum (S. 163) gestützten Ansprüche ein Verfahren (extraordinaria cognitio), bei welchem eine Trennung von ius und iudicium nicht eintrat, vielmehr der Prozeß vom Anfang bis zum Ende vor einem Beamten verhandelt und von ihm entschieden wurde, sodaß sich auch die Feststellung einer formula erübrigte. Allmählich verdrängte das Kognitionalverfahren den Formularprozeß völlig; es bildet auch die alleinige Grundlage des justinianischen Prozesses.

§ 33. Das Strafrecht.

a. Allgemeines.

1. Das Strafrecht, d. h. das Recht, das von dem Verbrechen als Tatbestand und der Strafe als der daran geknüpften Rechtsfolge handelt (vgl. oben S. 24, D. § 97 a 1),[1]) hat in Rom bei weitem nicht die hohe Stufe der Entwickelung erreicht, die das römische Privatrecht auszeichnete und die es befähigte, zur Grundlage eines großen Teils des heute geltenden bürgerlichen Rechts zu werden.

[1]) Als allgemeine technische Ausdrücke für „Verbrechen" lassen sich anführen: crimen (von cernere, κρίνειν, sieben, scheiden, daher „Kriminalrecht") und delictum; ersteres weist mehr auf die prozessuale Geltendmachung des Verbrechens, letzteres mehr auf die sittliche „Verfehlung" hin. Übrigens dient crimen überwiegend zur Bezeichnung des „öffentlichen" Verbrechens (S. 174). Im Gegensatze hierzu kommt noxa oder noxia (Schädigung, von nocere) zur Anwendung, sofern für das Verbrechen ein Dritter, nicht der Täter selbst, zur Verantwortung gezogen wird: vgl. zB. noxam sarcire, noxae dare (unten § 114 c 5). Für die Strafe im allgemeinen wird schon frühzeitig das aus dem Griechischen (ποινή, τίνω) entlehnte Wort poena verwendet, worunter noch die 12 Tafeln nur das Lösegeld bei Körperverletzung verstanden, während damnum (von dare, das Gegebene, daher damnare = geben machen, verurteilen) in den 12 Tafeln das Lösegeld bei Diebstahl und Sachbeschädigung bedeutete, später aber zum Ausdrucke für die Schädigung selbst wurde.

Politische Parteikämpfe haben in den Zeiten der Republik, Herrscherwillkür und mißglückte Versuche zur Hebung der gesunkenen Sittlichkeit haben in der Kaiserzeit das Strafrecht ungünstig beeinflußt und seine folgerechte innere Durchbildung vielfach gehindert.

2. Dementsprechend haben auch die römischen Juristen dem Strafrechte nur geringe Beachtung geschenkt, und so ist es erklärlich, daß weder die einzelnen Verbrechensbegriffe mit der erforderlichen Deutlichkeit umgrenzt noch die sog. allgemeinen Lehren des Strafrechts (über Begriff und Erscheinungsformen des Verbrechens sowie über Begriff, Arten, Ausmessung und Fortfall der Strafe)[2] auch nur mit einiger Vollständigkeit entwickelt worden sind. Erst die italienische mittelalterliche Rechtswissenschaft (Glossatoren, Postglossatoren, oben S. 149 ff., Kanonisten, D. § 62 I a) hat diese Lücken des römischen Rechts ausgefüllt.

α. Immerhin hat sich das rR., im Gegensatze zu dem alten deutschen Rechte (D. § 97 a 1), bereits frühzeitig von dem sog. Veranlassungsprinzipe (Prinzip der Erfolghaftung), wonach der Täter schlechthin für den Erfolg seines Handelns, also selbst ohne schuldhaftes Verhalten, einzustehen hat, frei gemacht und in immer steigendem Maße das Verschuldensprinzip durchgeführt: ja nicht einmal jedes Verschulden (culpa i. w. S.) genügt nach rR. zur strafrechtlichen Ahndung; Voraussetzung der Bestrafung ist vielmehr, daß der Täter vorsätzlich, „sciens dolo malo“[3]

---

[2] Vgl. die Einteilung unseres StGB., das nach den einleitenden Bestimmungen in seinem ersten (allgemeinen) Teil in 5 Abschnitten Strafen, Versuch, Teilnahme, Gründe, welche die Strafe ausschließen oder mildern, und Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen behandelt, während der zweite (besondere) Teil sich mit den einzelnen Verbrechen, Vergehen und Übertretungen und deren Bestrafung befaßt.

[3] In den republikanischen Strafgesetzen häufig abgekürzt „sc. d. m.“ Dolus umfaßt im weiteren Sinn alle bewußten Gesetzwidrigkeiten, auch die Gewalttätigkeit (vis) und die bewußte Gesetzesumgehung (fraus). Im Einzelfalle wird der rechtswidrige Wille auch bezeichnet als animus occidendi, iniuriae faciendae usw., vgl. D. 48, 8, 1, 3; 25, 4, 1, 8.

gehandelt hat. Schon die 12 Tafeln bestimmten: si telum manu fugit (der Hand entglitten) magis quam iecit, aries subicitur; d. h. es sollte bei nicht vorsätzlicher Tötung wohl sakrale Sühnung, aber keine Bestrafung erfolgen (ähnlich schon nach den leges regiae, S. 100). Von öffentlicher Strafe ausgeschlossen ist also nicht nur die rein zufällige (casus), sondern regelmäßig auch die, wenn schon nicht vorhergesehene, so doch vorhersehbare, durch Fahrlässigkeit (culpa i. e. S., unten § 70 b 1) herbeigeführte Schädigung[4]).

Das spätere rR. kennt allerdings (a. M. Liszt) einige wenige Fahrlässigkeitsdelikte, die im Wege der extraordinaria cognitio (§ 34 b 2 β c) bestraft werden; hierher gehören gewisse Fälle der fahrlässigen Tötung (D. 48, 8, 1, 3 u. 4, 1) sowie Brandstiftung bei äußerster Nachlässigkeit (D. 47, 9, 11; 48, 19, 28, 12; auch D. 48, 19, 5, 2 u. 48, 3, 12). Im übrigen greifen die im Civilprozesse zu verfolgenden Privatstrafklagen (unten § 114) ein; zB. wird bei Tötung eines Freien durch einen aus dem Hause geworfenen Gegenstand gegen den Bewohner eine Klage auf 50 aurei gewährt, die sogar popular ist, d. h. einem jeden aus dem Volke zusteht (D. 9, 3, 1, pr. und 5, 5).

β. Der starken Betonung des rechtswidrigen Willens entspricht die Behandlung derjenigen Fälle, in denen das Verbrechen nicht vollendet worden, der Täter vielmehr über

---

[4]) Ansätze zu dieser Trennung der Begriffe enthält schon das Zwölftafelrecht: zwar fehlt für fahrlässige Tötung eine Strafbestimmung (bei nicht vorsätzlicher Tötung tritt nur sakrale Sühne ein, s. o., also kein Unterschied zwischen culpa i. e. S. und casus), und umgekehrt scheint die fahrlässige Körperverletzung mit derselben Strafe wie die vorsätzliche belegt worden zu sein (hier also Gleichstellung von culpa und dolus); dagegen ergibt sich aus Gajus' Zwölftafelkommentar (oben S. 124), daß vorsätzliche und fahrlässige Brandstiftung verschieden bestraft werden; D. 47, 9, 9: Qui aedes acervumve frumenti iuxta domum positum combusserit, vinctus verberatus igni necari iubetur, si modo sciens prudensque id commiserit, si vero casu, id est neglegentia, aut noxiam sarcire iubetur aut, si minus idoneus sit, levius castigatur. Durch den Zusatz „id est neglegentia" wird aus dem casus, worunter vorliegenden Falls jede nicht vorsätzliche, also auch die kulpose Schädigung zu verstehen ist, die Fahrlässigkeit ausgeschieden und besonders behandelt.

nur vorbereitende Handlungen oder den bloßen Versuch („den Anfang der Ausführung des Verbrechens", StGB. § 43) nicht hinausgekommen ist.

Freilich hat das rR. selbst in der Zeit der höchsten Entwickelung weder einen festen Begriff des Versuchs noch allgemein gültige Regeln über die Bestrafung desselben festgestellt.

a. Bei den Privatdelikten ist der Versuch grundsätzlich straflos (vgl. zB. D. 47, 10, 15, 17), was sich daraus erklärt, daß die Privatstrafe meist nach einem Vielfachen des Schadens bemessen wird (unten § 114 b), bei einer nur versuchten Schädigung aber die Höhe noch nicht feststeht. Enthält jedoch das versuchte Delikt bereits den vollendeten Tatbestand eines anderen (qualifizierter Versuch, D. § 97 a 1 α), so steht einer Bestrafung des letzteren nichts im Wege (D. 47, 2, 1, 1 und 21, 7: sola cogitatio furti faciendi non facit furem. Qui furti faciendi causa conclave intravit, nondum fur est, quamvis furandi causa intravit. Quid ergo? qua actione tenebitur? utique iniuriarum: aut de vi accusabitur, si per vim introivit).

b. Bei den öffentlichen Delikten (S. 174) dagegen ist der Zug der Zeit anscheinend dahin gegangen, den verbrecherischen Entschluß zu bestrafen, sobald derselbe sich einmal, sei es auch nur durch vorbereitende oder Versuchshandlungen, betätigt hat. Ausdrücklich ist dies jedoch bloß in einzelnen Fällen ausgesprochen (D. 48, 8, 1, 3; 48, 9, 1: als Mörder wird bestraft, wer sein Opfer in Tötungsabsicht verwundet, ja schon wer erst das Gift gekauft hat, um es zu verabreichen; vgl. auch D. 49, 16, 3, 11; 48, 6, 1 und 3, pr., 1). Die Versuchsstrafe ist in früherer Zeit die gleiche wie beim vollendeten Delikt, einmal wegen der schon angedeuteten übertriebenen Berücksichtigung des verbrecherischen Willens (D. 48, 8, 7 u. 14: in lege Cornelia dolus pro facto accipitur . . . in maleficiis voluntas spectatur, non exitus), sodann aber wegen der absoluten Bestimmtheit der Strafe (S. 174).

Erst die klassische Jurisprudenz neigt, zumal seit Ausbildung der crimina extraordinaria (S. 182), einer mil-

deren Auffassung zu (D. 47, 11, 1, pr. und 2; 48, 19, 18 und 16, 8), ohne indes die Lehre vom Versuche zu einem befriedigenden Abschlusse zu bringen.

γ. Ebenso läßt das rR. eine angemessene Berücksichtigung der verschiedenen Arten der Teilnahme am Verbrechen (StGB. §§ 47 ff.) vermissen. Der Anstifter (auctor), Haupttäter (princeps sceleris), Mittäter (socius), Gehülfe (minister): sie alle werden in der Regel unterschiedslos bestraft (eine Ausnahme vgl. zB. in D. 48, 8, 3, 4: beim Aufstande volle Bestrafung nur der Rädelsführer), und selbst wer den Mörder nur verbirgt, wird wie ein Mörder behandelt (D. 29, 5, 3, 12). Ganz allgemein sagt daher u. a. die lex Pompeia de parricidiis (S. 180): si quis ... occiderit cuiusve dolo malo id factum erit ... (D. 48, 9, 1); ähnliche Klauseln finden sich in zahlreichen Gesetzen, und wo dies nicht der Fall ist, hilft die Interpretation aus (so D. 48, 16, 1, 13). Nur vereinzelt wird in späterer Zeit auf die Art der Beteiligung Rücksicht genommen; zB. wird die Unterlassung der Anzeige des beabsichtigten Verwandtenmordes milder bestraft als dieser selbst (D. 48, 9, 2; vgl. StGB. § 139).

b. Die Entwickelung im einzelnen.

1. Die älteste Zeit und die 12 Tafeln.

α. Wie bei allen Völkern, so trägt auch in Rom das Strafrecht ursprünglich sakralen Charakter (fas, ius sacrum, S. 153). Der Volksgenosse, der sich gegen die Gemeinde und damit gegen die von den Göttern geschützte Friedensordnung vergeht, steht dem Landesfeinde gleich, er wird aus der Gemeinschaft ausgestoßen (friedlos) und vielfach mit seiner Habe den Göttern geweiht, sodaß er straflos von jedermann getötet werden kann (Festus: homo sacer is est, quem populus iudicavit ob maleficium: neque fas est eum immolari, sed qui occidit, parricidii non damnatur; vgl. das griechische *ἀνάθημα*, D. § 38 A I c 2 β b). Die in bestimmten Fällen unter religiösen Gebräuchen erfolgende Hinrichtung des Missetäters (mit dem Beile, sup-

plicium) ist, wie im alten deutschen Rechte (D. § 97 a 2 α), in der frühesten Zeit als ein der Gottheit zur Sühne dargebrachtes Menschenopfer gedacht. Zahlreiche einschlägige Vorschriften weisen die leges regiae auf, aber auch im späteren Rechte finden sich mannigfache Spuren dieser sakralen Auffassung; es mag hier genügen, an die Sühnung der unbeabsichtigten Tötung (oben S. 170), die Bezeichnung namentlich der plebejischen Grundgesetze als leges sacratae (z.B. lex Valeria Horatia, S. 54)[5]) und den Ausdruck sanctio für die am Schlusse der Gesetze stehende Strafbestimmung (S. 97) zu erinnern.

β. Bemerkenswert ist die Entschiedenheit, mit der in Rom das staatliche Strafrecht im eigentlichen Sinn an Stelle des Sakralrechts und neben diesem ausgebildet wurde. Zunächst beschränkt sich die Selbsthülfe der Gemeinde auf die gegen die Gemeinde als solche verübten Verbrechen: die perduellio (S. 49), den Hoch- und Landesverrat (D. 48, 4, 3, pr.: Lex duodecim tabularum iubet eum, qui hostem concitaverit quive civem hosti tradiderit, capite puniri). Das Delikt dagegen, das sich nur gegen den einzelnen Volksgenossen richtet, ist in der Urzeit zweifellos wie im deutschen Rechte (D. § 97 a 2 α) der privaten Selbsthülfe des Einzelnen oder seiner Familie, d. h. der Blutrache, überlassen gewesen. Aber mit einem einigermaßen fortgeschrittenen Gemeinwesen ist ein derartiger Rechtszustand unverträglich, da die maßlose Ausübung der Blutrache zu schwerer Schädigung des Ganzen führen muß. Daher ist schon in den 12 Tafeln eine Beschränkung des Selbsthülferechts in zwiefacher Weise gesetzlich festgelegt.

a. Das gegen den Einzelnen verübte Delikt kann derart sein, daß es gleichzeitig die Friedensordnung des Volks, wenn nicht unmittelbar, wie die perduellio, so doch mittelbar gefährdet. Hier schreitet der Staat von Amts wegen ein, er ermittelt und bestraft selbst den Schuldigen, ohne

[5]) Festus: sacratae leges sunt, quibus sanctum est, qui quid adversus eas fecerit, sacer alicui deorum sit cum familia pecuniaque. Auch „sacrosanctus" (S. 78) ist hierher zu ziehen.

daß der Verletzte oder seine Familie dabei mitzuwirken hätte. Das Verbrechen führt zwar nicht gleich dem Landesverrate den Verlust des Bürgerrechts herbei, es ist jedoch ebenfalls ein „öffentliches" Verbrechen, ein delictum publicum. Solche delicta publica sind nach den 12 Tafeln das homicidium oder parricidium[6]), der Mord eines Freien; die vorsätzliche Brandstiftung (Anm. 4, woselbst der Feuertod als symbolisierende Strafe erscheint); die öffentliche Absingung eines Schmähliedes (carmen famosum)[7]) wegen der dadurch hervorgerufenen Beunruhigung der Allgemeinheit; der Erntediebstahl (zur Nachtzeit oder unter Anwendung von Zaubermitteln: alienos fructus excantare, segetem alienam pellicĕre) usw.

Das hauptsächlichste Strafmittel ist die Todesstrafe, die wieder, oft nach vorangegangener Geißelung, in der verschiedensten Weise vollstreckt wird (mit dem Beile: supplicium, oben S. 172, poena capitis; Kreuzigung an der furca; Säcken, poena cullei, S. 179; Feuertod, S. 170[4]; Sturz vom tarpejischen Felsen; Lebendigbegraben der Vestalinnen).

b. Die Delikte, die im Gegensatze zu den unter a. dargestellten ausschließlich den Einzelnen verletzen, werden in den 12 Tafeln in der Weise geregelt, daß die Selbst-

---

[6]) Parricidium in diesem Sinn ist nach Mommsen von per und caedere (vgl. per-duellio, S. 49), nicht von par und caedere (Tötung eines gleichstehenden Volks- oder Geschlechtsgenossen) abzuleiten, es bedeutet also die „arge Tötung". Daß die gegen Ende der Republik eingetretene Beschränkung des Begriffs parricidium auf den Verwandtenmord (S. 178) nicht die Ableitung von patricidium rechtfertigt, ergibt das von Festus citierte Gesetz Numas (aus den leges regiae): si qui hominem liberum dolo sciens morti duit, parricidas esto.

[7]) Vermutlich der einzige Fall der „Verbalinjurie" nach den 12 Tafeln. Später wurde das Delikt vom Prätor unter die gewöhnlichen Verbalinjurien eingereiht (vgl. D. 47, 10, 15, 2), also nur als Privatdelikt (S. 175) behandelt, während es in der Kaiserzeit (besonders in der Form der Schmähschrift, libellus famosus) wiederum mit öffentlicher Strafe, mitunter sogar, wie einst in den 12 Tafeln, mit der Todesstrafe belegt wurde.

hülfe teils an bestimmte Voraussetzungen geknüpft, teils gänzlich unterbunden und dafür die jedenfalls auch früher schon vorgekommene private Abfindung des Verletzten durch den Täter (compositio, pacto decidere, vgl. D. § 97 a 2 *a*) zugelassen oder vorgeschrieben wird. Von diesen sog. delicta privata sind uns aus den 12 Tafeln insbesondere folgende genauer bekannt:

1) Die iniuria (I. 4, 4, D. 47, 10, C. 9, 35), nach dem genannten Gesetzbuche wahrscheinlich nur die absichtliche oder unabsichtliche Körperverletzung, nicht, wie im späteren Rechte, die dolose Verletzung der Persönlichkeit bezeichnend (Anm. 7), erscheint in dreifacher Gestaltung: bei Verstümmelung zeigt sich noch ein Rest der alten Privatrache, indem mangels Zustandekommens eines Vergleichs Wiedervergeltung, talio (von talis, „wie du mir, so ich dir"), eintritt: si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto; bei bloßem Knochenbruche ist der Verletzte auf einen Lösegeldanspruch angewiesen: manu fustive si os fregit libero, CCC, si servo, CL poenam subito; eine einfache Realinjurie endlich verpflichtet nur zu einer Buße von 25 as: si iniuriam faxit, viginti quinque poenae sunto.

Später wird, besonders durch das Edikt des Prätors, der Kreis der als iniuria klagbaren Tatbestände bedeutend erweitert (G. 3, 220, vgl. oben Anm. 7), indem auch die wörtliche Beleidigung (nach Lage des Einzelfalls, D. 47, 10, 15, 25), die Verletzung des Hausrechts (nach der lex Cornelia de iniuriis, D. 47, 10, 5, pr.), aber auch zahlreiche sonstige Kränkungen einbezogen werden (vgl. D. 47, 10, ferner 47, 11, 1, 1); an Stelle der festen Strafen des Zwölftafelrechts treten allgemein Geldstrafen nach Ermessen, actiones iniuriarum aestimatoriae (I. 4, 4, 7, Gajus Inst. 3, 223, 224; vgl. unten § 114 b 4).

2) Bei dem Diebstahle, furtum[8]) (von ferre, D.

[8]) Der Begriff des furtum deckt sich nicht in allen Beziehungen mit unserem Diebstahlsbegriffe (StGB. § 242), unten § 114[4], vgl. auch G. 3, 195ff.

47, 2, 1, pr., vgl. D. 47, 2, C. 6, 2) unterſcheiden die 12 Tafeln, wie folgt:

Beim furtum manifestum (ἐπ' αὐτοφώρῳ, I. 4, 1, 3, d. h. wenn der Täter auf friſcher Tat betroffen wird) können der fur nocturnus und der fur, qui se telo defendit, von dem Beſtohlenen, ſofern er um Hülfe gerufen hat, getötet werden (man denke an das „Gerüfte" des deutſchen Rechts, D. § 99 b 3 *a*); in anderen Fällen des handhaften Diebſtahls wird der freie Dieb geſtäupt und dem Beſtohlenen zugeſprochen, der Sklave gleichfalls geſtäupt und vom Felſen geſtürzt. Das prätoriſche Recht mildert dann unter Beſchränkung des Tötungsrechts auf den vom Beſtohlenen zu erweiſenden Fall der Notwehr (D. 48, 8, 9) dieſe ſchwere Strafe, indem es dem Verletzten nur die Strafklage auf Leiſtung des vierfachen Werts des geſtohlenen Guts gibt (quadruplum).

Beim furtum nec manifestum dagegen iſt der Geſchädigte ſchon nach den 12 Tafeln auf ein Löſegeld, und zwar hier das Zweifache, duplum, angewieſen[9]). Neben dieſen actiones furti manifesti und nec manifesti, die reine Strafklagen, actiones mere poenales (unten § 114 a), ſind, ſteht dem Beſtohlenen die dingliche rei vindicatio (unten § 129), ſpäter auch noch eine beſondere perſönliche

[9]) Die ſchwerere Beſtrafung des furtum manifestum hatte ihren Grund vermutlich in dem Beſtreben, die gerade bei handhafter Tat leicht zu befürchtende Privatrache des Beſtohlenen durch Zubilligung einer höheren Strafe möglichſt zu verhüten.

Zur Vorbereitung der Diebſtahlsklage diente das in den zwölf Tafeln geordnete formelle Verfahren, wonach der Beſtohlene nackt, um ein Zutragen der angeblich geſtohlenen Sache zu verhindern, lance et licio (mit einer Schüſſel und einem Schurze — die Bedeutung beider iſt ſtreitig) bei dem der Tat Verdächtigen Hausſuchung abhielt (vgl. die deutſchrechtliche Anefangsklage, D. § 77 a 2 δ); wurde hierbei die Sache gefunden, ſo ſtand dieſes furtum conceptum dem furtum manifestum gleich (G. 3, 186, 192). Derjenige, bei dem die Sache gefunden war, hatte aber ſeinerſeits gegen den etwaigen Zuträger die actio furti oblati auf das Dreifache (G. 3, 187, 191). Das prätoriſche Edikt gewährte dann noch bei Verweigerung der Hausſuchung dem Beſtohlenen die actio furti prohibiti auf das quadruplum (G. 3, 188, 192).

condictio furtiva auf Rückerstattung des Entwendeten zu (I. 4, 6, 14; D. 13, 1; C. 4, 8). — Gegen gewaltsame Entwendung gewährt der Prätor Lukullus 76 v. Chr. die actio vi bonorum raptorum (I. 4, 2; D. 47, 8; C. 9, 33) auf das quadruplum, worin aber, anders als bei der actio furti, bereits der Schadenersatz inbegriffen ist (I. 4, 2, pr.; unten § 114 b 2).

3) Von sonstigen auf die 12 Tafeln zurückzuführenden Privatdelikten sind hervorzuheben das Umhauen von Bäumen (arbores succisae, D. 47, 7);[10]) die Schädigung durch Tiere (pauperies, nach Mommsen = Abweidung, nach anderen von paucus abzuleiten, D. 9, 1, 1, pr.), woneben noch eine besondere actio de pastu (D. 19, 5, 14, 3) erwähnt wird (unten § 114 c 5 β); der Zinswucher usw.

c. Die delicta privata haben keineswegs lediglich private, sondern auch öffentlich-rechtliche Folgen, wie sich schon aus der bei vielen dieser Delikte eintretenden infamia der condemnati pactive ergibt (unten § 38 b 1). Trotzdem werden die Privatdelikte herkömmlich im Obligationenrecht abgehandelt, weil ihre wichtigste Folge (vgl. G. 3, 88) in der Begründung privater Verbindlichkeiten besteht, nämlich zur Leistung teils nur von Schadenersatz (actiones rei persecutoriae, zB. actio doli), teils von Schadenersatz und Strafe zusammen (actiones mixtae, zB. actio vi bonorum raptorum), teils endlich nur von Strafe (actiones mere poenales, zB. actio furti); vgl. daher unten § 114. Im Gegensatze zur Privatstrafe des rR. stellt die nach den modernen Strafgesetzen (so StGB. §§ 188, 231 bei übler Nachrede, Verleumdung, Körperverletzung) dem Verletzten auf Antrag vom Strafrichter zuzusprechende Buße keine Strafe, sondern einen, allerdings besonders gearteten Schadenersatz dar.

---

[10]) Über eine umfassende Klage wegen Sachbeschädigung in den zwölf Tafeln ist nichts bekannt. Die Sachbeschädigung im allgemeinen wurde später, 287 v. Chr., durch die lex Aquilia geregelt; vgl. unten § 114 b 3.

In welchem Zusammenhang und in welcher Reihenfolge die 12 Tafeln (angeblich auf Tafel VIII, oben S. 101) die delicta publica und privata behandelt haben, läßt sich nicht mehr feststellen, und es ist mitunter sogar zweifelhaft, zu welcher von beiden Arten bestimmte Delikte nach dem Zwölftafelrechte zu zählen sind, zumal die Unterscheidung keine streng logische, sondern vielfach eine geschichtlich gewordene ist.

Nach den 12 Tafeln leistete die Gesetzgebung für das Strafrecht mehrere Jahrhunderte hindurch wenig; eine Ausnahme macht vor allem die lex Aquilia (unten § 114 b 3). Die Fortbildung geschah hauptsächlich im Wege der Gewohnheit, bei den Privatdelikten durch das prätorische Edikt. Letzterem verdanken ihre Entstehung die 74 v. Chr. von Oktavius gegen Schädigung durch widerrechtliche Drohung eingeführte actio quod metus causa (D. 4, 2) und die von C. Aquilius Gallus 66 v. Chr. aufgestellte actio de dolo (D. 4, 3, C. 2, 20), die sich allgemein gegen jede bösliche widerrechtliche, in anderer Weise nicht auszugleichende Vermögensschädigung richtet (unten § 46).

2. Die quaestiones perpetuae.

Eine völlige Umwälzung hat das Aufkommen der quaestiones perpetuae zur Folge.

Für die civilen Rückforderungsklagen (condictiones, unten § 113[1a]) der Provinzialen gegen die römischen Statthalter wegen Erpressungen führt die lex Calpurnia de repetundis 149 v. Chr. an Stelle der bisher bestellten Rekuperatorengerichte eine ständige senatorische Geschworenenkommission, die quaestio perpetua, unter dem Vorsitz des praetor peregrinus (S. 77) ein. Ob dieses Gesetz sowie die bald darauf ergangene lex Iunia de repetundis bereits Strafbestimmungen enthalten haben, ist fraglich; wahrscheinlich werden solche zuerst aufgestellt in der lex Sempronia des jüngeren Gracchus und der (in Bruchstücken erhaltenen, S. 104) lex Acilia (beide 122 v. Chr.), wobei zugleich das Richteramt den Rittern übertragen (S. 191[7]) und das gesamte Verfahren eingehend geregelt wird. Diese Gesetze

geben den Anstoß zu einer umfassenden, sich über ein Jahrhundert erstreckenden Gesetzgebung, welche sich zunächst auf die Repetunden und sonstige Delikte des ordo senatorius beschränkt, dann aber, hauptsächlich seit Sulla, auch die gemeinen Verbrechen unter Einsetzung immer weiterer quaestiones perpetuae in ihren Kreis einbezieht.

Demnach unterliegen am Ende dieses Zeitraums der Aburteilung durch die Quästionen folgende Verbrechen:

α. Außer den Repetunden, worunter sowohl die eigentliche Erpressung als auch Bestechung und sonstige rechtswidrige Annahme von Geschenken fällt (lex Cornelia, 81 v. Chr., lex Iulia repetundarum, 59 v. Chr.; D. 48, 11, C. 9, 27), die bei Ausgang der Republik immer tiefer einreißende gesetzwidrige Ämterbewerbung (ambitus); ihr treten zahlreiche Gesetze (lex Cornelia de ambitu, 81 v. Chr., und lex Iulia de ambitu, 18 v. Chr.: D. 48, 14, C. 9, 26) entgegen. Ferner sacrilegium und peculatus, der Diebstahl am Götter- und am Staatsgute, besonders wenn seitens der Beamten an übrig bleibenden öffentlichen Geldern, pecuniae residuae, begangen (D. 48, 13, C. 9, 28).

β. Das crimen imminutae maiestatis (populi Romani), neben dem alten Begriffe der perduellio (oben S. 49) auch sonstige Verletzungen der Beamten- und Bürgerpflicht sowie die Verletzung der Beamten des römischen Volks, seit der Kaiserzeit insbesondere die dem Staatsoberhaupte zugefügten Ehrenkränkungen umfassend. An Stelle der zunächst ergangenen lex Cornelia maiestatis tritt die lex Iulia maiestatis (von Augustus; D. 48, 4, C. 9, 8).

γ. Gemeine Verbrechen.

a. Der Menschenraub (plagium, geregelt durch die vorsullanische lex Fabia de plagiariis; D. 48, 15, C. 9, 20);

b. der Mord: lex Cornelia de sicariis (Meuchelmörder) et veneficis (D. 48, 8, C. 9, 16), welches Gesetz aber u. a. auch zahlreiche bloße Vorbereitungs- und Versuchshandlungen, ferner Straßenraub und falsches Zeugnis in Kapitalprozessen bestraft. Für den Nächstenmord (parricidium in diesem Sinne, oben S. 174[6], vgl. die Ciceros Ruhm als Verteidiger begründende Rede für Sextus

Roscius, 80 v. Chr.) behält es die früher beim Mord überhaupt üblich gewesene poena cullei (Strafe des Säckens) bei; diese wird jedoch durch die lex Pompeia de parricidiis (D. 48, 9, C. 9, 17) abgeschafft und durch die allgemeine Strafe der lex Cornelia ersetzt (D. 48, 9, 1);

c. gewisse schwere Fälle von iniuria: pulsare verberare domum vi introire (lex Cornelia de iniuriis, D. 47, 10, 5; vgl. jedoch unten S. 181);

d. Vergewaltigung, vis im weitesten Sinne, bestraft nach der lex Plautia de vi und den leges Iuliae de vi privata und de vi publica (nach Mommsen nicht von Augustus, sondern von Cäsar herrührend); D. 48, 6 und 7;[11])

e. Fälschungen, gegen welche die lex Cornelia de falsis (D. 48, 10, C. 9, 22 und 23), nach der darin hauptsächlich behandelten Testaments- und Münzfälschung auch lex Cornelia testamentaria-nummaria genannt, ergeht;

f. die lex Iulia de adulteriis (18 v. Chr., D. 48, 5, C. 9, 9) bestraft die außereheliche Geschlechtsgemeinschaft in bestimmten Grenzen (stuprum), den Ehebruch der Frau und ihres Mitschuldigen (adulterium, früher im wesentlichen der Ahndung durch die Hauszucht überlassen) und die Kuppelei (lenocinium);[12])

---

[11]) Die entsprechenden privaten Deliktsklagen sind die actio vi bonorum raptorum (unten § 114 b 2) und die actio quod metus causa (unten § 46 b).

[12]) Die lex Iulia de adulteriis ist auch dadurch bemerkenswert, daß sie wahrscheinlich zuerst eine Verjährung der öffentlichen Strafklage (und zwar in 5 Jahren) einführt (D. 48, 5, 30, 5—8); eine gleiche Frist für peculatus bestimmt D. 48, 13, 9. Sonst unterliegen nur die vom Prätor geschaffenen deliktischen Privatklagen einer meist einjährigen Befristung mit Ausnahme der actio furti manifesti (I. 4, 12, pr.; vgl. G. 4, 111). In der Kaiserzeit findet sich allgemein eine zwanzigjährige Verjährung der öffentlichen Strafklagen (C. 9, 22, 12); ausgeschlossen bleibt hiervon jedoch namentlich die Klage wegen parricidium (D. 48, 9, 10), die als actio perpetua erst seit Theodosius II. (424 n. Chr., C. 7, 39, 3) der dreißigjährigen Verjährung unterworfen wird (vgl. heute StGB. §§ 66 ff.).

Eine Verjährung der Strafvollstreckung (StGB. §§ 70 ff.) ist dem rR. unbekannt.

g. eine wahrscheinlich cäsarische lex Iulia de annona (D. 48, 12) sucht dem Kornwucher zu steuern.

Wie sich schon aus dieser Zusammenstellung ergibt, ist durch die cornelische und julische Gesetzgebung beinahe das gesamte öffentliche Strafrecht auf eine neue Grundlage gestellt worden. Durch die dem früheren Rechte fremde feste Abgrenzung der einzelnen Tatbestände und durch die in jedem einzelnen Gesetze gegebene Regelung des Verfahrens und der Strafen wird eine von Willkür freie, einheitliche Strafrechtspflege angebahnt.

Die Anklage im iudicium publicum steht gewöhnlich einem jeden zu (vgl. unten S. 189); infolgedessen wird oft (zB. in D. 23, 2, 43, 10) iudicium publicum erklärt als der einem jeden freistehende Prozeß (also entsprechend der actio popularis, oben S. 170 und unten § 61 b 3 *a*), während darunter an sich nur das magistratische Geschworenengericht zu verstehen ist. So bleibt die schwere, unter die lex Cornelia de iniuriis fallende Injurie sachlich eine nur dem Verletzten zustehende Privatklage, die jedoch in der Form des iudicium publicum, d. h. vor einer quaestio durchgeführt wird (D. 3, 3, 42, 1).

Die Strafe ist überwiegend die interdictio aquae et ignis. Schon in vorsullanischer Zeit entzogen sich häufig Angeschuldigte der Kapitalstrafe durch Selbstverbannung, worauf ihnen unter Erlaß der Kapitalstrafe das Wiederbetreten des Landes auf administrativem Wege untersagt wurde; seit Sulla wird indes die Verbannung an Stelle der Todesstrafe als wirkliche Strafe eingeführt, vielleicht aus Rücksicht auf den herrschenden senatorischen Stand.

3. Die Kaiserzeit.

a. Die sullanischen und julischen Gesetze bilden zunächst den Grundstock des öffentlichen Strafrechts und haben selbst für die justinianische Kodifikation noch große Bedeutung. Im einzelnen erfahren sie freilich infolge des allmählichen Schwindens der republikanischen Einrichtungen viele Änderungen durch Senatsbeschlüsse, die Rechtswissenschaft und die Kaisererlasse; hierher gehören die Strafverschärfungen

beim Majestätsverbrechen, namentlich durch die bekannte, von Arkadius und Honorius 397 n. Chr. erlassene lex Quisquis (C. 9, 8, 5; vgl. oben S. 92),[13]) die Ausdehnung der lex Cornelia de sicariis et veneficis auf die Kastration (D. 48, 8, 3, 4 und 4, 2), Wiedereinführung der poena cullei für Nächstenmord (C. 9, 17, 1), Erweiterung der lex Cornelia de falsis (quasi falsa, zB. D. 48, 10, 1, 13 und D. 48, 10, 27) usw.

β. Von ungleich größerer Bedeutung ist eine andere unter dem Prinzipat auftretende Erscheinung: das Verfahren extra ordinem (sc. iudiciorum publicorum, unten § 34 b 2 β c).

Es wird nämlich bei einigen Delikten die Strafe abweichend von den Bestimmungen des betreffenden Gesetzes erkannt, zB. bei Repetunden, D. 48, 11, 7, 3; sodann aber — und dies ist die wesentlichste Neuerung — werden selbst solche Handlungen mit öffentlicher Strafe belegt, welche sonst überhaupt nicht oder doch nur mit der civilen Deliktsklage verfolgbar waren.

a. Zu den so aus den Privatdelikten ausgesonderten Straftaten sind zu rechnen gewisse Arten des Diebstahls und Raubes: der Viehdiebstahl (abigeatus, D. 47, 14, C. 9, 37), der Baddiebstahl (furtum balnearium, D. 47, 17), der Taschendiebstahl (sacculatii, D. 47, 11, 7;

---

[13]) Die mit den Worten Quisquis ..... inierit factionem usw. beginnende Konstitution ordnet eine Reihe schwerer Nachteile gegen die Angehörigen des Majestätsverbrechers an, so gegen die Söhne in § 1: filii vero eius, quibus vitam imperatoria specialiter lenitate concedimus (paterno enim deberent perire supplicio, in quibus paterni, hoc est hereditarii, criminis exempla metuentur), a materna vel avita, omnium etiam proximorum hereditate et successione habeantur alieni, testamentis extraneorum nihil capiant, sint perpetuo egentes et pauperes, infamia eos paterna semper comitetur, ad nullos umquam honores, nulla prorsus sacramenta perveniant, sint postremo tales, ut his perpetua egestate sordentibus sit et mors solacio et vita supplicio. Damit gerät die lex Quisquis in schroffen Gegensatz zu dem sonst vom rR. festgehaltenen Gedanken: crimen vel poena paterna nullam maculam filio infligere potest (D. 48, 19, 26).

47, 18, 1, 2), der Einbruchsdiebstahl (D. 47, 18, 1, 2), der nächtliche Diebstahl (D. 47, 17, 1), der Erbschaftsdiebstahl (crimen expilatae hereditatis, vgl. auch unten § 124[6]; D. 47, 19, C. 9, 32), der Straßenraub und Bandendiebstahl (crimen grassatorum et latronum, D. 48, 19, 28, 10 und 15), das diebische Einschleichen (derectarii, D. 47, 11, 7; 47, 18, 1, 2); ferner Fälle der iniuria (D. 47, 10, 45) usw.

b. Neu aufgestellt werden folgende Verbrechensbegriffe: die Hehlerei (crimen receptatorum, D. 47, 16, C. 9, 39), der stellionatus (Betrug, das strafrechtliche Seitenstück zur actio doli, S. 178 und unten § 46 a; D. 47, 11, 3 u. 47, 20, 3, 1: quod in privatis iudiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio. ubicumque igitur titulus criminis deficit, illic stellionatus obiciemus; C. 9, 34), die aus dem crimen repetundarum abgezweigte Erpressung durch Vorspiegelung von Amtsgewalt und Androhung von Kriminalklagen (concussio, D. 47, 13), die Entführung (raptus, I. 4, 18, 8, C. 9, 13, 1), die Abtreibung (abactio partus, D. 47, 11, 4; 48, 8, 8; 48, 19, 38, 5), endlich mit der Erhebung des Christentums zur Staatsreligion auch die Religionsverbrechen, wie Heidentum, Ketzerei und Gotteslästerung (blasphemia, nov. 77).[14])

Alle diese Delikte treten als crimina extraordinaria (D. 47, 11), weil extra ordinem abgeurteilt, zwischen die crimina privata und die crimina publica, welch letztere auch als crimina ordinaria oder legitima (auf bestimmten leges beruhend) bezeichnet werden. Das Wesen der crimina extraordinaria besteht darin, daß nur der Verletzte, nicht wie bei den crimina publica ein jeder, die Anklage erheben kann (D. 47, 11, 3: Stellionatus vel expilatae hereditatis iudicia accusationem quidem habent, sed non

[14]) Früher wurde die Beleidigung der römischen Götter nicht strafrechtlich verfolgt: deorum iniuriae diis curae (Tiberius bei Tacitus, Ann. 1, 73). Bekenntnis des Christenglaubens wurde von den heidnischen Römern nicht als besonderes Delikt, sondern aus dem Gesichtspunkte der perduellio bestraft, indem durch die Nichtanerkennung der römischen Götter die römische Staatsreligion verletzt wurde.

sunt publica) und daß die Strafe, da es ja an einem festen gesetzlichen Maßstabe fehlt, nicht mehr wie sonst bestimmt, sondern arbiträr ist (D. 48, 19, 13). Allmählich schleifen sich diese scharfen Unterschiede ab, einmal insofern bei den crimina publica, vor allem nach dem Verschwinden der quaestiones perpetuae (unten § 34 b 2 γ), die poena legitima höchstens noch als Richtschnur gilt (D. 48, 1, 8), von der aber sehr häufig abgewichen wird, und sodann durch das immer mehr um sich greifende, eine förmliche Anklage nicht erfordernde Kognitionalverfahren, bei welchem der Beamte selbständig untersuchte und entschied (unten § 34 b 2 γ).

c. Auch die Privatdelikte scheinen in späterer Zeit ihre Eigenart eingebüßt zu haben, sei es, daß der Verletzte die Wahl zwischen der privaten Deliktsklage und der öffentlichen Anklage extra ordinem hatte (D. 47, 2, 93), oder sei es, daß der Magistrat, falls er nicht schon von selbst einschritt, befugt war, den Verletzten zur Anklage zuzulassen oder ihn nach Gutdünken auf den civilen Rechtsweg zu verweisen (ad ius ordinarium remittere, D. 47, 17, 2; ähnlich 47, 14, 1, 4; 47, 11, 3; 47, 20, 2).

γ. Diesem verwickelten Rechtszustand entspricht ein ebenso mannigfaltiges Strafensystem, das durch die ungleichmäßige Behandlung der honestiores und humiliores (z.B. D. 48, 8, 3, 5) und durch Grausamkeit gekennzeichnet ist. Berüchtigt ist die Form der Hinrichtung durch Preisgabe an wilde Tiere (bestiis obici, D. 48, 9, 9, pr.; „Christiani ad leonem!"), nicht minder die Abgabe der Verurteilten zur Gladiatur. An die Stelle der interdictio aquae et ignis treten andere Freiheitsstrafen, wie die Deportation nach Oasen oder Inseln (D. 48, 19, 2, 1), die Bergwerksstrafe (in metallum und in opus metalli, D. 48, 19, 8, 6), Zwangsarbeit (opus publicum, D. 48, 19, 8, 7). Die schwereren dieser Strafen werden, da sie Freiheit und Bürgerrecht nehmen (unten § 37[1]), mit der Todesstrafe zu den Kapitalstrafen gerechnet, vgl. D. 48, 19, 28, pr. und 1 und I. 4, 18, 2. Daß die vielen Strafarten und Abstufungen innerhalb derselben allerdings auch eine gerechtere Beurteilung des Einzelfalls ermöglichten, ist zuzugeben.

Die im übrigen dem römischen Strafrecht anhaftenden Mängel hat auch die justinianische Kodifikation nicht zu heben vermocht; das Strafrecht findet sich namentlich in I. 4, 1—5 und 18, ferner in D. 47 und 48 (libri terribiles, S. 136) und in C. 9.

Die hervorragendste wissenschaftliche Darstellung des römischen Strafrechts (einschließlich des Strafprozesses) rührt von Mommsen her („Römisches Strafrecht", 1899).

§ 34. Der Strafprozeß.

a. Allgemeines.

Ausgeschlossen von der nachfolgenden Übersicht bleibt das Verfahren, in welchem die delicta privata (oben S. 175) geltend gemacht werden. Dieses Verfahren spielt sich im allgemeinen in den Formen des gewöhnlichen Civilprozesses ab. Die Pflege des privaten Strafrechts liegt also wie die des Privatrechts im engeren Sinne seit 367 v. Chr. dem praetor urbanus und seit 242 v. Chr. daneben auch dem praetor peregrinus ob und zwar in der Weise, daß die Verurteilung abhängt von dem durch einen (unus iudex) oder meist durch mehrere Geschworene (recuperatores), also durch Private, abzugebenden Wahrspruche. Das öffentliche Strafverfahren erfreut sich nicht der gleichen Einheitlichkeit. Es wird von den verschiedensten Beamten geübt und fast durchgängig ohne jene dem Privatprozeß eigentümliche Trennung des Verfahrens in iure von dem in iudicio (S. 166). Eine Ausnahme macht der unten S. 189 zu besprechende Quästionenprozeß, der als eine Übertragung des privaten Deliktsprozesses auf das öffentliche Strafverfahren aufzufassen ist.

Der römische Strafprozeß in seiner jüngsten Gestalt und in der durch die Kanonisten und die italienischen Juristen erhaltenen Fortbildung ist auf das deutsche Strafverfahren, namentlich auch auf die Constitutio Criminalis Carolina (D. § 54 f), von Einfluß gewesen.

b. Die Entwickelung im einzelnen.

1. Bis zum Ende der Republik.

a. Der magistratisch-komitiale Prozeß.

a. Der römische Strafprozeß hat seine Wurzel in dem imperium (oben S. 73). Die in diesem enthaltene Zwangs- und Strafgewalt ist begrifflich — und tatsächlich wenigstens bei dem königlichen und dem ursprünglichen konsularischen imperium — unumschränkt; aber schon früh wird sie erheblich begrenzt, so durch die lex Valeria de provocatione 509 v. Chr. (S. 51), durch mehrere darauf fortbauende leges Porciae sowie eine 123 v. Chr. von C. Gracchus durchgesetzte lex Sempronia, durch die lex Aternia Tarpeia 454 v. Chr. (S. 52) usw., wodurch eine eigentliche, der magistratischen Willkür entzogene und an bestimmte Formen geknüpfte Rechtsprechung in die Wege geleitet wird. Im Gegensatze hierzu wird die Zwangsgewalt des Beamten, soweit sie von derartigen gesetzlichen Beschränkungen frei geblieben ist, als coercitio (S. 74) bezeichnet (D. 1, 2, 2, 16). Die coercitio, die im weitesten Umfange[1]) dem Konsul, dem Prätor, dem Statthalter und auf Grund der tribunicia potestas dem Volkstribun, in beschränktem Maße — hauptsächlich zur Auferlegung einer multa und zur pignoris capio (oben S. 74) — den Ädilen und Censoren zusteht, gehört demnach an sich nicht dem Strafrecht oder Strafprozeßrecht an, sie bildet vielmehr geradezu deren Gegenstück, insofern sie weder bestimmte Tatbestände, noch ein bestimmtes Verfahren oder bestimmte Strafen kennt, sondern überall nach Ermessen des Beamten, ähnlich wie die Hauszucht, in inoboedientem et noxium civem einschreitet. Allein da die Provokation und damit der unter b. zu besprechende formelle magistratisch-komitiale Prozeß nur dem römischen Bürger (und auch diesem nur mit Beschränkungen), nicht dagegen den Frauen und Nichtbürgern offen steht, so

[1]) Hierunter fällt in älterer Zeit noch die Geißelung, sodann die Ausweisung, die Verhaftung (prensio) und das Gefängnis (carcer, vincula); vgl. D. 47, 10, 13, 2; D. 2, 4, 2.

verläuft das öffentliche Strafverfahren gegen die letztgenannten Personenklassen lediglich im Wege der coercitio: bei gemeinen Verbrechen der Frauen und Nichtbürger führt der Magistrat von Amts wegen die Untersuchung (quaestio), fällt und vollstreckt das Urteil, ohne in anderer Weise als durch das Herkommen gebunden zu sein. Der Prozeß ist ein reiner Inquisitionsprozeß; eine Bildung von Parteien (Ankläger und Angeklagter: Akkusationsprozeß, unten S. 189) ist nicht üblich, wenn auch in Anbetracht der Formlosigkeit des ganzen Verfahrens nicht ausgeschlossen[2]).

b. Rechtsförmlich ist dagegen das unter Mitwirkung der Komitien stattfindende Verfahren bei Verbrechen der römischen Bürger innerhalb der Stadt Rom. Wohl nimmt auch hier der Konsul oder Prätor eine formlose quaestio vor; findet er jedoch den Betreffenden schuldig, so gibt er das weitere Verfahren ab an seine Gehülfen, die duumviri perduellionis (für den Einzelfall bestellt und später gewählt) und die ständigen quaestores parricidii (D. 1, 2, 2, 23), die ursprünglich, wie ihr Name andeutet (S. 174[6]), nur für den Mord, dann aber

---

[2]) Dieser rein magistratische Strafprozeß erhält sich auch noch zur Kaiserzeit in dem Statthalterprozeß; er ist ferner die Grundlage für die Rechtsprechung der befreiten Kaisergerichte sowie für das Kognitionalverfahren des Prinzipats (unten b 2). Ein anschauliches Bild des Verfahrens vor dem Statthalter bietet die Apostelgeschichte (Kap. 24 ff.) in der Darstellung des Prozesses gegen den Apostel Paulus, der als römischer Bürger seine Aburteilung in Rom verlangt und auch dahin transportiert wird (vgl. D. § 25 a), weil damals den Statthaltern allgemein die Kapitaljurisdiktion über römische Bürger fehlte. Über die Delikte der Peregrinen urteilen unter dem Prinzipate regelmäßig noch deren heimische Behörden, so jedoch, daß dem Statthalter die Bestätigung und Vollstreckung der schwereren Urteile zusteht. In dieser Weise ist offenbar auch der im Markusevangelium am zutreffendsten geschilderte Prozeß gegen Jesus verlaufen: nachdem Jesus von den Juden unter dem Vorsitze des Hohepriesters wegen Gotteslästerung des Todes schuldig befunden worden ist (Markus 14, 63 f.), wird er vor Pilatus geführt und von ihm nach Prüfung des Sachverhalts den römischen Soldaten zur Kreuzigung (einer der römischen Hinrichtungsformen, S. 174) übergeben (Markus 15).

für alle öffentlichen Verbrechen außer der perduellio zuständig sind[3]).

Der Angeschuldigte wird förmlich geladen (diei dictio), und es folgt die Untersuchung des Falls, hier anquisitio genannt, einschließlich der Zeugenvernehmung in drei durch je mindestens einen Tag getrennten contiones (oben S. 59), wobei auch, dem Charakter der contio entsprechend, Bürger zur Verteidigung des Beschuldigten auftreten können (so Cicero „pro Rabirio ad populum"). Den Schluß bildet das von dem leitenden Beamten gefällte Urteil; dieses lautet anfänglich nur auf Freisprechung oder auf den Tod. Durch die erstere wird der Prozeß endgültig erledigt, im Falle der Verurteilung indessen kann der Angeschuldigte, sofern nicht etwa auf sein Anrufen schon ein Tribun interzediert (S. 74), an die Komitien provozieren[4]). Nach den 12 Tafeln sind für Kapitalsachen die Centuriatkomitien (S. 64, 101) zuständig, die 24 Tage (in trinum nundinum, S. 67) vorher zu benachrichtigen sind. Die Komitien können das Urteil nicht abändern, sondern nur bestätigen oder aufheben; sie sind aber nicht an die Gesetze gebunden, sodaß sie nach Belieben Gnade für Recht ergehen lassen dürfen.

Später bringen auch die Volkstribunen, besonders bei Verletzung der Rechte der plebs, Straffachen vor die Komitien, und dieser tribunizische Prozeß wird dann meist in den Fällen der perduellio angewendet. Daneben üben die Ädilen und der pontifex maximus eine auf Zuerkennung von Geldbußen beschränkte Strafgerichtsbarkeit aus, und schließlich findet eine Teilung der Zuständigkeit dahin

---

[3]) Diese Übertragung hat wahrscheinlich den Zweck gehabt, die Umstoßung eines konsularischen oder prätorischen Urteilsspruchs durch die Komitien zu vermeiden. Mommsen bringt daher die Einsetzung der quaestores parricidii, die gewöhnlich schon auf die Zeit der Könige zurückgeführt werden, in Zusammenhang mit der Einführung der Provokation durch die lex Valeria (S. 51).

[4]) Vor der lex Valeria de provocatione hing die Zulassung der Provokation von dem Belieben des Königs oder Konsuls ab. Auch nach Erlaß der lex Valeria bleibt sie ausgeschlossen vor allem dem Diktator gegenüber (S. 76).

ſtatt, daß die Kapitalſachen vor die Centuriatkomitien, die Geldſtraffachen vor die Tributkomitien gebracht werden.

Der komitiale Prozeß ſtellt bis gegen Ende der Republik den ordentlichen öffentlichen Strafprozeß dar; durch die quaestiones perpetuae wird den Komitien die Rechtſprechung nach und nach gänzlich entzogen. Unter Auguſtus lebt das komitiale Verfahren in den konſulariſch-ſenatoriſchen Gerichten wieder auf (unten 2 *a*).

β. Der Quäſtionenprozeß.

Das Verfahren vor den iudicia publica iſt zwar in jedem einzelnen der Quäſtionengeſetze ſelbſtändig geordnet (vgl. oben S. 181), doch ſind die Grundzüge in allen übereinſtimmend. Von vornherein zu allgemeiner Anwendung beſtimmt ſind die Vorſchriften der lex Iulia iudiciorum publicorum. Die Geſchichte der quaestiones perpetuae iſt bereits oben (S. 178) in Kürze entwickelt worden, ſodaß hier nur einzugehen iſt auf das Verfahren ſelbſt, welches den ordentlichen Prozeß der ſpäteren Republik und des Prinzipats bildet und ſich auch — anders als der komitiale Prozeß — auf Frauen und Nichtbürger erſtreckt.

a. Der Quäſtionenprozeß iſt Akkuſationsprozeß, und zwar iſt der Ankläger (accusator) kein von Amts wegen einſchreitender Beamter (wie im Reichsſtrafprozeſſe, StPO. §§ 151, 152), ſondern eine freiwillig dieſe mühevolle und oft gefährliche Rolle übernehmende Privatperſon, die freilich als Vertreter des Gemeinweſens gedacht und in vielen Punkten vor der Gegenpartei, dem reus[5]), bevorzugt iſt. Tritt kein Ankläger auf, ſo bleibt die begangene Tat grundſätzlich ungeſühnt (D. 50, 4, 6, 2); doch iſt dieſer Fall verhältnismäßig ſelten eingetreten, und die freiwillige einem jeden[6])

---

[5]) Reus, abgeleitet von res, iſt urſprünglich die Prozeßpartei des Privatprozeſſes und wird erſt ſpäter gebraucht als Bezeichnung nur des Beklagten und zwar ſowohl im Civil- wie im Strafprozeſſe.

[6]) Doch können u. a. Nichtbürger, Unmündige, Frauen, Infame, ſowie ſolche Perſonen, die ſchon zwei noch ſchwebende Anklagen erhoben haben oder ſelbſt unter Anklage ſtehen, gewöhnlich nicht als Ankläger

gestattete Anklage hat gerade vielfach energischer gewirkt als das frühere System, da letzteres bei der Inanspruchnahme der zuständigen Beamten durch die politischen Kämpfe schließlich fast völlig versagt hatte.

Vereinigen sich etwaige mehrere Ankläger nicht zu gemeinschaftlicher Anklage, in welchem Falle der Hauptkläger als princeps in agendo oder einfach als accusator, die anderen als subscriptores bezeichnet werden, so entscheidet über die Zulassung der Magistrat, mit oder ohne Zuziehung von Geschworenen (divinatio), D. 48, 2, 16 u. 48, 5, 2, 9; bekannt ist die divinatio in Caecilium, die erste der sieben Reden gegen Verres, den gewesenen Statthalter von Sicilien, der von Cicero auf Betreiben der bis zum äußersten ausgesogenen und bedrückten Sicilianer mit Erfolg angeklagt wurde (70 v. Chr.). Die divinatio geht der endgültigen Einbringung der Anklage (nominis — sc. des Angezeigten — delatio) voraus. Die für zulässig erachtete Klage wird in das Anklagenverzeichnis aufgenommen (nominis receptio), indem der Ankläger selbst sie in das Protokoll einträgt (inscriptio). Hiermit wird häufig die Leistung des Kalumnieneides und die Bürgschaftsbestellung für Durchführung des Prozesses verbunden (D. 48, 2, 7, 1, C. 9, 1, 3). Ein Formular für die Anklage wegen Ehebruchs enthält D. 48, 2, 3, pr.: Consul et dies. Apud illum praetorem vel proconsulem Lucius Titius professus est se Maeviam lege Iulia de adulteriis ream deferre, quod dicat eam cum Gaio Seio in civitate illa, domo illius, mense illo, consulibus illis adulterium commisisse. Die Angabe des Tatbestands und der Nebenkläger wird mitunter als subscriptio aus der inscriptio ausgeschieden, subscriptio wird deshalb auch für die Klage selbst gebraucht; vgl. D. 48, 2, 7, pr.; 47, 1, 3; 47, 2, 93.

Der prozeßleitende Beamte, anfänglich immer ein Prätor, später mit dem Anwachsen der Geschäfte, dem auch durch die Vermehrung der Prätorenstellen (S. 77) nicht abge-

---

auftreten. Bei schwerer Injurie kann nur der Verletzte selbst klagen (oben S. 181); ähnliches gilt für Repetunden und Ehebruch.

holfen werden konnte, oft ein sonstiger, für den Einzelprozeß oder eine Gruppe von Prozessen, auch aus den Geschworenen selbst bestellter quaesitor, bestimmt den Termin und ladet zu diesem die Parteien und die Geschworenen[7]). Das der Verhandlung vorausgehende Ermittelungsverfahren ruht dagegen in der Hand des Anklägers, der hierbei jedoch eine gewisse amtliche Unterstützung genießt. Der Ankläger hat die Zeugen beizubringen, und zwar ist eine in den einzelnen Quästionengesetzen verschieden bemessene Höchstzahl von Zeugen verpflichtet, der klägerischen Ladung Folge zu leisten, während weitere Zeugen nur freiwillig zu erscheinen brauchen; der Angeschuldigte dagegen hat kein Recht zur Zwangsladung, er ist also auf freiwillig erscheinende Zeugen angewiesen. In späterer Zeit findet nach beiden Richtungen hin eine Ausgleichung statt.

b. Nach Abschluß des vorstehend geschilderten Verfahrens in iure[8]) beginnt das Verfahren in iudicio am festgesetzten Verhandlungstermine mit dem Aufrufe der Parteien (D. 4,

---

[7]) Um den Kreis der zum Geschworenenamte fähigen Personen bewegt sich seit C. Gracchus der Kampf zwischen der Senats- und der Volkspartei. Durch Gracchus wird das Geschworenenamt von den Senatoren auf die Ritter übertragen (S. 57), Sulla führt 81 v. Chr. den früheren Zustand wieder herbei, bis die lex Aurelia 70 v. Chr. eine neue Geschworenenliste einführt, wonach ein Drittel aus dem Senat, ein Drittel aus der Ritterschaft und ein Drittel aus den Ärartribunen entnommen wird. Später sind dann im einzelnen mehrfache Änderungen erfolgt.

Die Bildung des consilium der Geschworenen für den einzelnen Prozeß (Geschworenenbank) findet entweder in der Weise statt, daß der Ankläger aus der Gesamtliste eine bestimmte Anzahl auswählt (editio), von denen der Angeklagte seinerseits die Hälfte ausscheidet, oder — und dies scheint die Regel gewesen zu sein — in der Art, daß aus der Gesamtliste durch Losung (sortitio) eine Vorschlagsliste geschaffen und diese durch Ablehnung (reiectio) seitens beider Parteien auf die gehörige Zahl herabgemindert wird. Letztere ist bei den einzelnen Quästionen wohl verschieden, doch nie größer als 75 gewesen. Ähnlich heute StPO. §§ 278 ff.

Über den Ursprung der heutigen Schwurgerichte vgl. D. § 99[3].

[8]) Es findet also auch beim Quästionenprozesse dieselbe eigenartige Cäsur des Verfahrens wie beim Civilprozesse statt.

1, 7, pr.) und der Geschworenen. Der Vorsitzende ist im wesentlichen, wenigstens in älterer Zeit (anders C. 9, 22, 22), auf die Handhabung der Sitzungspolizei beschränkt; weder er noch die Geschworenen haben die Befugnis, die Zeugen zu befragen oder den Angeschuldigten zu verhören. Auch dem Ankläger selbst steht im Einklange mit dem Akkusationsprinzipe nicht das Recht auf Verhör des Angeklagten zu. Ein solches wird erst seit der Kaiserzeit besonders in den außerordentlichen Gerichten üblich, und jetzt unter Anwendung der Folter auch den freien Angeschuldigten gegenüber; gegen Ende des zweiten Jahrhunderts wird die Folter, außer bei Majestäts- und einigen anderen Prozessen, nur gegen Freie niederen Standes zugelassen (C. 9, 41, 11; 9, 18, 7; 9, 8, 4; D. 49, 16, 7; 49, 16, 3, 10). In der Spätzeit kommt jedoch sogar die Folterung von freien Zeugen vor (D. 48, 18, 15, pr.; 22, 5, 21, 2; 48, 18, 10, 1). Unfreie, sowohl Zeugen wie Angeklagte, sind von jeher gefoltert worden (D. 48, 18, 8, pr.; 48, 18, 7); hiermit hängt das SC. Silanianum zusammen (D. 29, 5), über das im Erbrechte zu sprechen ist.

Das Beweisverfahren wird gewöhnlich eröffnet durch einen die zur Anklage stehenden Straftaten zusammenfassenden Vortrag, regelmäßig des Anklägers in Person, und die darauf folgende Erwiderung des Angeklagten, für den aber meist ein oder mehrere Sachwalter (patroni, später advocati genannt) sprechen. Dem eingerissenen Mißbrauche der Redefreiheit durch übermäßige Ausdehnung der Vorträge treten die Vorsitzenden und seit Sulla auch die Gesetze durch Festsetzung bestimmter Stundenzahlen für Anklage- und Verteidigungsrede entgegen; die Zeit wird nach Wasseruhren (clepsydrae) bemessen.

An die Vorträge schließt sich die Zeugenvernehmung an, indem erst der Kläger, dann der Angeklagte oder dessen Anwalt, ein jeder die von ihm beigebrachten Zeugen vernimmt (in der Form „te rogo . . .“). Die Zeugen leisten vor ihrer Vernehmung den Zeugeneid; Kreuzverhör (altercatio) ist häufig.

Das Beweisverfahren kann wiederholt werden (ampliatio), wenn die Geschworenen erklären, noch nicht genügend informiert zu sein (rem sibi non liquere), und beim Repetundenprozeß ist ein abermaliges Beweisverfahren am zweitfolgenden Tage (in diem perendinum, davon comperendinatio) sogar obligatorisch.

Nach Schluß der Verhandlung ziehen sich die Geschworenen zur Beratung zurück (in consilium eunt); doch ist eine wirkliche Beratung später anscheinend abgekommen. Die Abstimmung, die früher mündlich oder schriftlich war, erfolgt seit der lex Aurelia geheim durch Einwerfen von wachsüberzogenen Täfelchen (sors, tabella) in die urna, nachdem der Geschworene den einen der beiden auf dem Täfelchen eingeritzten Buchstaben (A = absolvo, C = condemno, oben S. 68) gelöscht hat. An Beweisregeln sind die Geschworenen nicht gebunden, sie haben nach ihrer freien Überzeugung zu stimmen. Zur Verurteilung ist wahrscheinlich nur einfache Stimmenmehrheit erforderlich; die strafrechtlichen Folgen des Schuldigspruchs ergeben sich ohne weiteres aus dem Gesetz, eine besondere Strafausmessung erübrigt sich demnach. Der einmal abgegebene Wahrspruch ist grundsätzlich unabänderlich; weder Provokation noch Intercession greifen ihm gegenüber Platz.

c. Das Strafverfahren fällt fort beim Tode oder sonstiger Verhinderung des Anklägers, worauf der Name des Angeklagten im Anklagenverzeichnisse gelöscht wird (abolitio ex lege, D. 48, 16, 10, pr.). In der Kaiserzeit ist aus Anlaß freudiger Ereignisse eine allgemeine Niederschlagung (abolitio publica) schwebender Anklagen nicht selten (D. 48, 16, 8 ff.).[9])

---

[9]) In Anlehnung hieran versteht man heute unter Abolition die Niederschlagung bereits eingeleiteter, aber noch nicht durch Urteil erledigter Untersuchungen. Sie steht in Preußen dem Könige jeweils nur auf Grund besonderen Gesetzes (PrVU. Art. 49 Abs. 3), im Reiche dem Kaiser überhaupt nicht, nach Ansicht mancher wenigstens für Elsaß-Lothringen zu. Bei Erlaß oder Milderung der rechtskräftig erkannten Strafe (Begnadigung im engeren Sinne, S. 23[20]) ist

Die Anklage fallen lassen (desistere ab accusatione, abolitio privata) darf der Ankläger nur aus gerechten Gründen[10]); beim Fehlen solcher wird er seit 61 n. Chr. nach dem SC. Turpillianum wegen „Fahnenflucht" (tergiversatio) bestraft (D. 48, 19, 5, 1; 50, 2, 6, 3). Die praevaricatio, d. h. die Erhebung der Anklage zu Gunsten des Angeklagten, um durch Kollusion mit ihm Freisprechung zu erzielen und ihn so vor einer ernstgemeinten Anklage zu schützen, wird schon früher geahndet, indem das Gericht, das infolge der Kollusion ein freisprechendes Urteil gefällt hatte, zunächst noch einmal in der Sache selbst und dann über die praevaricatio erkennt (D. 47, 15). Das Gegenstück zur Prävarikation bildet die calumnia, die wissentlich falsche Anklage, gegen welche sich die lex Remmia (D. 48, 16, 1, 2) richtet; in der späteren Kaiserzeit wird die calumnia sogar nach dem Talionsprinzipe bestraft (oben S. 175), sodaß den calumniator dieselbe Strafe trifft, die bei Durchdringen der Anklage dem Angeklagten auferlegt worden wäre. Über das Verhältnis der drei genannten Anklägerdelikte vgl. D. 48, 16, 1, pr. und 1.

2. Die Kaiserzeit.

Die quaestiones perpetuae sind bis zum Ende der Republik und noch etwa zwei Jahrhunderte darüber hinaus die ordentlichen Strafgerichte (S. 189). Aber die nunmehrigen Träger der Souveränität (S. 86), der Senat und der Prinzeps, tun den Quästionsgerichten immer mehr Abbruch.

α. In Anlehnung an den alten magistratisch-komitialen (S. 187) entsteht ein konsularisch-senatorischer Straf-

---

der König von Preußen dagegen nicht beschränkt (PrVU. Art. 49 Abs. 1); über das Begnadigungsrecht des Kaisers vgl. D. § 23 e.

Amnestie ist die Abolition oder die Begnadigung bzgl. ganzer Klassen von Personen oder Delikten; sie unterliegt in Preußen und im Reiche den eben angedeuteten Beschränkungen.

[10]) Nach StPO. § 154 kann dagegen die öffentliche Klage nach Eröffnung der Untersuchung überhaupt nicht mehr zurückgenommen werden; eine Ausnahme enthält nur § 451.

prozeß[11]), vornehmlich, aber keineswegs ausschließlich für die Delikte der Senatoren und für die vom Kaiser dem Senate zugewiesenen Sachen. Das Verfahren unterliegt im allgemeinen den Formen der Senatsverhandlungen (oben S. 70); doch wirkt der Quästionenprozeß insofern ein, als Parteibildung (Akkusation) und Verteidigung üblich sind.

β. Bedeutungsvoller und umfangreicher ist die vom Kaiser auf Grund seiner uneingeschränkten Judikation und tribunicia potestas (oben S. 84) gehandhabte Rechtsprechung, die auf das alte rein magistratische Verfahren (S. 186) zurückzuführen ist.

a. In den ersten Jahrhunderten sprechen die Kaiser meistens persönlich Recht, allerdings unter Zuziehung eines consilium, in welchem der praefectus praetorio (S. 88) allmählich eine hervorragende Stellung erlangt (D. 1, 11).

b. Kraft kaiserlicher Delegation, also als Mandatar des Kaisers, übt — abgesehen von dem praefectus annonae und dem praefectus vigilum (S. 89), vgl. D. 1, 2, 2, 33; 1, 15; C. 1, 43; 1, 44 — eine umfassende Strafgewalt aus der praefectus urbi (D. 1, 12; C. 1, 28). Seine Gerichtsbarkeit vor allem drängt die der quaestiones perpetuae immer mehr in den Hintergrund: omnia omnino crimina praefectura urbis sibi vindicavit (D. 1, 12, 1, pr.). Von Severus wird seine Gerichtsbarkeit ausdrücklich auf die Stadt Rom und den Umkreis von hundert Meilen festgestellt (D. 1, 12, 1, 4), während im übrigen die italische Rechtsprechung dem praefectus praetorio verbleibt.

---

[11]) Nicht zu verwechseln mit dem oben geschilderten Verfahren ist das schon im letzten Jahrhundert der Republik häufig, zB. gegen die Katilinarier auf Ciceros Betreiben, angewendete standgerichtliche Ausnahmeverfahren, wobei die Konsuln im Falle der Gefährdung des Staats mit Zustimmung des Senats selbst die Todesstrafe verhängten. Die Optimatenpartei (S. 56) suchte den hierin liegenden Verstoß gegen die Provokationsgesetze (oben S. 186) damit zu rechtfertigen, daß das Verbrechen der perduellio das Bürgerrecht und damit die Befugnis zur Provokation ipso iure vernichte.

c. Die genannten Behörden, die ihrerseits ihre Gerichtsbarkeit meist weiter delegieren können, urteilen extra ordinem (iudiciorum publicorum, d. h. der quaestiones perpetuae), ohne Beachtung der früheren Cäsur des Verfahrens (in iure und in iudicio) und in der Hauptsache formlos. Aber diese extraordinaria quaestio s. cognitio stellt nicht nur eine prozessuale Abweichung dar, sondern sie ist auch im Gebiete des materiellen Strafrechts die Grundlage der in § 33 behandelten extraordinaria crimina (vgl. zB. für das von dem praefectus urbi abzuurteilende crimen expilatae hereditatis D. 47, 19, 3).

b. Im Zusammenhange mit den geschilderten Neuerungen entwickelt sich unter dem Prinzipate teils auf Grund der schon in republikanischer Zeit zulässigen Appellation von dem Mandatar des Statthalters an den letzteren selbst, teils infolge der dem princeps eingeräumten tribunicia potestas (S. 84) die Appellation gegen die ergangenen Urteile zu einem ständigen Rechtsmittel (D. 49, 1 ff.). Sie geht an den Kaiser selbst oder an seine obersten Beamten. Sie greift, wie auch die gewöhnliche tribunicia potestas (S. 193), nicht durch gegen die Urteile der quaestiones perpetuae sowie des Senats (S. 195, D. 49, 2, 1, 2). Während die republikanische Interzession aber nur die Kassation des Urteils herbeiführen konnte, hat die Appellation der Kaiserzeit reformatorischen Charakter, d. h. mit der Aufhebung des angefochtenen Urteils wird ein neues Verfahren verbunden, das zu einem selbständigen Urteile führt[12]).

γ. Im Anfange des dritten Jahrhunderts verschwinden, wie schon vorher angedeutet, die ohnehin fast bedeutungslos gewordenen quaestiones perpetuae, und es wird die extraordinaria cognitio tatsächlich zum ordentlichen Verfahren (D. 48, 1, 8); die Urteilsfällung liegt jetzt durchweg dem Magistrat ob, zumal auch der Senat von Rom schließlich zu einem bloßen Stadtrate hinabsinkt (S. 94).

---

[12]) Die appellatio, später auch provocatio genannt, steht im Akkusationsprozeß auch dem Ankläger (D. 49, 14, 9), bei Todesurteilen auch Unbeteiligten und sogar gegen den Willen des Verurteilten zu (D. 49, 1, 6; 49, 4, 2, 3; C. 7, 62, 6, 3).

Unter dem Einflusse der von Diokletian und Konstantin geschaffenen Beamtenhierarchie (S. 92) wird die Rechtsprechung büreaukratisch unter Einführung eines bestimmten Instanzenzugs von meist drei Instanzen, als deren höchste die vice sacra oder als iudices sacrarum cognitionum urteilenden (vier) praefecti praetorio (D. 1, 11, 1, 1; 4, 4, 17, S. 94) und der Staatsrat (consistorium principis, S. 92) erscheinen. Die Verhandlungen, die zur Zeit der Republik und auch noch unter dem Prinzipate regelmäßig auf dem Forum oder in den jedem zugänglichen Basiliken stattfinden, werden in immer größerem Umfang in die auditoria oder secretaria mit Beschränkung oder Ausschluß der Öffentlichkeit verlegt.

Was die Form des Verfahrens anlangt, so wird zwar an der Zulässigkeit des aus dem Quästionenprozeß übernommenen Parteiprozesses festgehalten und die Akkusation sogar bei den crimina extraordinaria gestattet (S. 183). Allein die schweren Strafen für die calumnia (S. 194) und sonstige dem Ankläger drohende Nachteile (wie die Verhaftung mit dem Angeklagten zusammen) schrecken von der Anklageerhebung ab, und so wird denn das Einschreiten von Amts wegen, auf bloße Anzeige durch Private oder Unterbeamte (agentes in rebus, curiosi), allgemein üblich.

B. System des römischen Privatrechts.

§ 35. Die Bedeutung des römischen Privatrechts für das heutige bürgerliche Recht.

Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs, das heute zum größten Teile im BGB. zusammengefaßt ist, beruht, wie schon S. 37 ff. dargelegt ist, zum Teil auf römischem, zum Teil auf deutschem Recht. Wie für das Verständnis jedes Rechtsgebiets, so ist auch für das des Privatrechts die Kenntnis seiner Entwicklungsgeschichte unerläßlich. Schon aus dieser Erwägung ergibt sich die Notwendigkeit des Studiums der geschichtlichen Grundlagen des heutigen bürgerlichen Rechts. Das römische Recht hat aber aus zwei Gründen noch eine besondere Bedeutung für den deutschen Juristen. Einmal hat das römische Recht in der Gestalt, die es bei der Rezeption und unter dem Einflusse des usus modernus pandectarum (D. §§ 51 ff.) angenommen hat, also das „Gemeine Recht", bis zum 1. Januar 1900 in einem großen Teile von Deutschland unmittelbar wie ein Gesetz gegolten und kommt, da zahlreiche Rechtsverhältnisse auch heute noch nach dem „alten" (d. h. vor dem 1. Januar 1900 in Geltung gewesenen) Recht zu beurteilen sind (EGBGB. Art. 153 ff.), noch gegenwärtig zur praktischen Anwendung. Andererseits hat das römische Recht die juristischen Begriffe mit einer solchen Meisterschaft und Feinheit entwickelt, daß seine Kenntnis für die Erziehung des jungen Juristen und für die Bildung seiner Urteilskraft nicht zu entbehren ist.

Immerhin hat das rR. durch das Inkrafttreten des BGB. einen großen Teil seiner praktischen Bedeutung verloren. Die neuen Studienordnungen legen deshalb mit Recht den Schwerpunkt auf das Studium des neuen Rechts (S. 41[2]). Während daher vor dem 1. Januar 1900 das römische Recht in zwei getrennten Vorlesungen behandelt wurde — einer das „reine" römische Recht darstellenden, den Institutionen, und einer das zur praktischen Anwendung kommende Gemeine Recht lehrenden, den Pandekten —, wird es heute in einer einzigen Vorlesung behandelt, im „System des römischen Privatrechts".

Dieser Vorlesung soll die nachfolgende Darstellung entsprechen. Von der Erwägung ausgehend, daß die Rechtsgeschichte nicht Selbstzweck ist, sondern wesentlich die Bedeutung hat, das Verständnis des geltenden Rechts zu vermitteln, werden im Anschluß an die Rechtssätze des rR. deren spätere Schicksale bis auf das BGB. verfolgt. Aus dem gleichen Grunde und um den Rechtsbeflissenen von Anfang an die Kenntnis des BGB. zu vermitteln, schließt sich die Einteilung des Folgenden eng an die Einteilung des BGB. an[1]).

---

[1]) Dadurch wird gleichzeitig die Verbindung mit dem ebenfalls dem System des BGB. folgenden „Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts" hergestellt, dessen Aufgabe die eingehende Darstellung des heutigen Privatrechts unter kurzer Wiederholung seiner Entwickelungsgeschichte ist; vgl. oben S. 45.

Erstes Buch. Allgemeiner Teil.

Erster Abschnitt. Personen.

Erster Titel. Natürliche Personen (BGB. §§ 1—20).

§ 36. Die Rechtsfähigkeit. Allgemeines.

a. Begriff.

Rechtsfähigkeit ist die vom objektiven Recht anerkannte Befähigung, Träger von Rechten und Verbindlichkeiten zu sein. Person[1]) (Rechtssubjekt) ist, wer rechtsfähig ist, also wer Rechte und Verbindlichkeiten haben kann. Dagegen betrifft die unten § 44 zu besprechende Handlungsfähigkeit die Fähigkeit, Rechte oder Verbindlichkeiten zu begründen, zu verändern und aufzuheben.

Rechtssubjekt ist zunächst der Mensch und zwar nach moderner Auffassung jeder Mensch in gleichem Maße (natürliche Personen); Rechtspersönlichkeit steht aber in einem gewissen — regelmäßig auf das Vermögensrecht beschränkten — Umfange auch bestimmten Verbänden und Vermögensmassen zu (juristische Personen, unten § 39).

[1]) Persona bedeutet in den Quellen teils jeden Menschen (auch den Sklaven), teils nur den rechtsfähigen Menschen, bisweilen die besondere Rechtsstellung eines Menschen, zB. legitima persona standi in iudicio (Prozeßfähigkeit). Für „juristische Person" hatten die Römer keinen technischen Ausdruck, zuweilen sprechen die Quellen von „personae vice fungi".

b. Beginn der Rechtsfähigkeit.

1. Nach rR. beginnt die Rechtsfähigkeit des Menschen mit der Vollendung der Geburt (ebenso BGB. § 1). Der nasciturus zwischen Erzeugung und Geburt ist also nicht rechtsfähig, sondern „mulieris portio vel viscerum“ (D. 25, 4, 1, 1); das Recht behält ihm aber für den Fall seiner späteren Rechtsfähigkeit gewisse Rechte vor (Rechtsparömie auf Grund von D. 1, 5, 7: Nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius quaeritur).[2])

α. Der nasciturus, insbesondere der postumus, d. h. das nach dem Tode des Erblassers geborene eheliche Kind desselben, beerbt die nach seiner Erzeugung, aber vor seiner Geburt verstorbenen Personen (D. 37, 11, 3) und zwar nach neuerem rR. nicht nur kraft Gesetzes, sondern auch aus letztwilligen Verfügungen (vgl. BGB. § 1923 Abs. 2). Zur Wahrnehmung der Rechte des noch unbekannten Erben und der Erbschaftsgläubiger kann zwecks Verwaltung des Nachlasses (als einer hereditas iacens) ein curator bonorum ventris nomine eingesetzt worden (ähnlich BGB. § 1912). Die Schwangere kann ferner bis zur Geburt des Kindes Unterhalt aus dem Nachlasse fordern (ähnlich BGB. § 1963) und zur Sicherstellung ihrer Alimente missio in hereditatem ventris nomine beanspruchen. Zur Feststellung und Auszahlung der Alimente wird ein curator ventris (meist dieselbe Person wie der curator bonorum) bestellt.

β. Der status (unten § 37) eines in iusto matrimonio erzeugten Kindes bestimmt sich nach dem höheren Stande, wenn der Vater nach der Erzeugung eine Standes-

---

[2]) Unrichtig verallgemeinert D. 1, 5, 26: Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse; denn danach müßte z.B. der nasciturus eine ihm angefallene Erbschaft auch dann erwerben und auf seine Erben weitervererben, wenn er garnicht lebend zur Welt kommt. Dies gilt aber weder nach rR. noch nach BGB. (§ 1923). Vgl. auch D. 50, 16, 231: aliis non prodest nisi natus.

Vgl. noch BGB. § 844 a. E., StGB. § 217 (Abtreibung), StPO. § 485 Abs. 2 (keine Hinrichtung einer Schwangeren).

minderung erleidet. Soweit für den status ferner der Stand der Mutter maßgebend ist, gilt der „favor libertatis", d. h. das Kind einer ancilla ist frei, wenn die Mutter zwischen Erzeugung und Geburt auch nur einen Augenblick frei war (D. 1, 5, 5, 3).

2. Zu einer die Rechtsfähigkeit begründenden Geburt gehört nach rR. (C. 6, 29, 3), daß das Kind:

α. ausgetragen, kein „abortus" ist (partus perfectus, D. 1, 5, 12: septimo mense — d. h. frühestens am 181. Tage nach der Erzeugung — nasci perfectum partum iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis);

β. menschliche Gestalt hat (ad nullum declīnans monstrum vel prodigium, D. 1, 5, 14);

γ. nach dem vollständigen Verlassen des Mutterleibes (partus editus a matre, D. 35, 2, 9, 1) gelebt hat. Hierfür soll nach der von Justinian aufgenommenen Meinung der Sabinianer (C. 6, 29, 3) jedes Beweismittel zulässig sein, während die Prokulianer nur Schreien als Lebensbeweis ansahen (ähnlich im deutschen Recht, D. § 64[1]: Beschreien der vier Wände).[3])

3. Wer aus der Geburt eines Menschen Rechte herleitet, muß sie beweisen[4]), bei Mehrgeburten auch die Reihen-

[3]) Das moderne Gemeine Recht hat zwei dieser Voraussetzungen aufgegeben: einmal wird auch ein noch nicht 6 Monate im Mutterleibe befindliches Kind, sofern es nur nach der Trennung von der Mutter lebt, rechtsfähig, und ferner gilt alles von Menschen lebend Geborene als Mensch, auch wenn es anormal ist (Siamesische Zwillinge). Dies muß auch für das BGB. gelten, das den Begriff der vollendeten Geburt (§ 1) nicht näher erläutert.

Weder nach rR. (C. 6, 29, 3) noch nach BGB. (wohl aber nach Code civil) ist Vitalität (Lebensfähigkeit des lebend Geborenen) erforderlich.

[4]) Das moderne Recht hat öffentliche Bücher zur Beurkundung des Personenstandes (der Geburt, der Verehelichung, des Todes, der Veränderung des Personenstands durch Legitimation, Adoption oder Ehescheidung) eingeführt, die ehemals von den Geistlichen (Kirchenbücher, D. § 30[18]), jetzt von Staatsbeamten (Standesbeamten) geführt werden. Dies ordnet das Reichspersonenstandsgesetz vom 6. Februar 1875 (L. I § 11[7]).

folge, falls es hierauf (zB. Einsetzung des Erstgeborenen als Erbe) ankommt.

c. Ende der Rechtsfähigkeit.

Die Rechtsfähigkeit des Menschen endet mit seinem Tode. Wer aus diesem Rechte herleitet, muß ihn beweisen, ebenso die Zeit des Todes, wenn es darauf ankommt. Kommorienten, d. h. in der gleichen Todesgefahr (Schiffbruch, Theaterbrand) Umgekommene gelten als gleichzeitig verstorben; nur gilt nach rR. (nicht aber nach BGB. § 20) für das Versterben von Eltern und ehelichen Kindern in gemeinsamer Gefahr die gesetzliche Vermutung (D. 34, 5, 9, 4), daß die geschlechtsreifen Kinder (puberes) — weil in der Vollkraft befindlich und daher vermutlich widerstandsfähiger — nach, die geschlechtsunreifen (impuberes) vor den Ascendenten umgekommen seien [5]). Über die capitis diminutio maxima als Endigungsgrund der Rechtsfähigkeit vgl. unten § 37 b.

---

[5]) Sonstige gesetzliche Beweisregeln für Leben und Tod eines Menschen hat das rR. nicht ausgebildet. Hierdurch ergeben sich Beweisschwierigkeiten insbesondere für den Fall, daß eine Person verschollen ist, d. h. daß ihr Aufenthalt unbekannt und ihr Schicksal mangels jeder Nachricht während eines längeren Zeitraums ungewiß ist. Für diesen Fall haben daher das Gem. R. und alle neueren Gesetzbücher gesetzliche Vermutungen aufgestellt, teils Lebensvermutungen, wonach das Fortleben eines Menschen bis zu einem gewissen Alter zu vermuten ist (BGB. § 19), teils Todesvermutungen, wonach beim Vorhandensein gewisser Umstände der Tod eines Verschollenen zu vermuten ist, was durch eine Todeserklärung festgestellt wird. Gemeinrechtlich galt das sog. sächsische System, wonach die Todeserklärung zulässig ist, wenn der Verschollene das 70. Lebensjahr erreicht hat (auf Grund von Psalm 90 Vers 10); nach ALR. und BGB. (§ 14) gilt dagegen das sog. schlesische System, nach dem die Todeserklärung nach Ablauf einer gewissen Zeit seit der letzten Nachricht von dem Verschollenen zulässig ist. Vgl. L. I § 11 c 2, auch über den Einfluß der Ablegung des Klostergelübdes auf die Rechtsfähigkeit.

§ 37. Einfluß des status.

a. Allgemeines.

Status (Stand) ist die Rechtsstellung, welche ein Mensch in einem Gemeinwesen einnimmt (D. 1, 5: De statu hominum). Während sich im modernen Rechte der dem natürlichen Recht entsprechende Grundsatz der rechtlichen Gleichwertigkeit aller Menschen durchgerungen hat (vgl. z.B. PrVU. Art. 4: „Alle Preußen sind vor dem Gesetze gleich"), war in Rom die volle Rechtsfähigkeit (caput civis) an Freiheit (status libertatis), Bürgerrecht (status civitatis) und Zugehörigkeit zu einem Familienbund, einer Agnatenfamilie (status familiae), geknüpft und konnte demgemäß auch in drei Beziehungen eine Veränderung (capitis diminutio) erleiden, nämlich: capitis diminutio maxima bei Verlust der Freiheit, media bei Verlust der Civität und minima beim Ausscheiden aus der angestammten Familie (I. 1, 16; D. 4, 5).

b. Status libertatis.

1. Entstehung der Sklaverei.

Die Sklaverei entsteht durch **Geburt** von einer Sklavin (vgl. S. 202 über den favor libertatis) und durch **Verlust der Freiheit** (capitis diminutio maxima).[1])

[1]) Capitis diminutio maxima tritt für Römer ein:

a. Iure gentium durch **Kriegsgefangenschaft**. Vom Feinde gefangene Römer werden Sklaven, ebenso wie eroberte Sachen in das Eigentum der Eroberer treten. Es besteht jedoch ius postliminii (D. 49, 15, C. 8, 50): kehren die Gefangenen zurück und werden die Sachen den Feinden wieder abgenommen, so wird die Gefangenschaft als nicht eingetreten angesehen, und es leben die untergegangen Rechte mit der Unterstellung, daß sie bisher geruht hätten, wieder auf. Das postliminium ist versagt Überläufern und Bürgern, welche sich mit den Waffen in der Hand ergeben. Stirbt ein Römer in der Kriegsgefangenschaft, so ist nicht nur ein während derselben errichtetes, sondern auch jedes frühere Testament ungültig. Denn nach rR. ist Voraussetzung seiner Gültigkeit, daß der Testator bis zu seinem Ableben die Testierfähigkeit besessen hat, Unfreie entbehren dieselbe jedoch. Um den hieraus

2. Rechtsverhältnisse der Sklaven.

a. **Persönliche Stellung**[2]. Der Sklave ist kein Rechtssubjekt (caput), sondern bloßes Rechtsobjekt, Sache

---

sich ergebenden Unzuträglichkeiten zu steuern, bestimmt eine von Sulla eingebrachte lex Cornelia, daß von einem in der Gefangenschaft sterbenden Römer anzunehmen sei, derselbe sei im Augenblicke der Gefangennahme, d. h. als Freier, gestorben (fictio legis Corneliae; D. 28, 1, 12). Für Kriegsgefangene wird durch eine lex Hostilia (170 v. Chr.) eine gewisse Prozeßvertretung zugelassen (I. 4, 10, pr.). Kriegsgefangene werden nicht notwendig Sklaven, sondern vielfach peregrini dediticii (S. 80). Auch kann der Feldherr sie den Soldaten überlassen oder ihren Verkauf für die Staatskasse anordnen (sub corona vendere); vgl. unten § 122 a 1 e.

b. In mehreren Fällen tritt Verlust der Freiheit zur Strafe ein, so insbesondere bei der Verurteilung zum Tode oder zu lebenslänglicher Bergwerksarbeit (in metallum, D. 28, 1, 8, 4) und nach einem SC. Claudianum (52 n. Chr.) für die Römerin, die trotz dreimaliger Abmahnung mit einem fremden Sklaven in Geschlechtsgemeinschaft lebt (I. 3, 12, 1). Nach einem anderen SC. Claudianum (D. 40, 13, 5) scheint einem Freien, der sich absichtlich (pretii participandi causa) als Sklave verkaufen ließ, die vindicatio in libertatem versagt worden zu sein. Über die revocatio in servitutem vgl. S. 210.

In älterer Zeit wird der seine Freiheit verlierende Bürger „trans Tiberim" (ins Ausland) verkauft, weil das Verbleiben eines ehemaligen Bürgers als Sklaven im Inlande für unpassend gehalten wurde. Beseitigt ist durch die lex Poetelia der Freiheitsverlust des nexus und adiudicatus.

[2]) Wer als Freier sich für einen Sklaven hält und so lebt (bona fide servire) steht unter Sklavenrecht, wer umgekehrt als Sklave tatsächlich wie ein Freier lebt (in libertate esse, S. 209) unter Freienrecht.

Ist der status einer Person zweifelhaft, sei es, daß jemand einen Freien als seinen Sklaven beansprucht oder daß er über ihn als Freigelassenen ein Patronatrecht behauptet, so wird hierüber im Wege eines Civilprozesses entschieden. Im Freiheitsprozeß (liberalis causa) mußte für den, um dessen Freiheit es sich handelte und der daher als Streitgegenstand nicht Partei sein konnte, ein assertor (vindex libertatis) auftreten. Für diesen Fall wurde deshalb die grundsätzlich unzulässige Prozeßvertretung gestattet (I. 4, 10, pr.). Hierbei spielte sich der Prozeß anfänglich in den Formen des Eigentumsstreits über eine Sache (rei vindicatio, unten § 129 f) ab, wobei die Verteilung der Parteirollen sich nach dem tatsächlichen Besitzstande zur Zeit der Litiskontestation bestimmte. Wurde eine tatsächlich wie ein Freier lebende Person von jemandem als Sklave beansprucht, so mußte der

(vgl. zB. die Gleichstellung mit dem Vieh in der lex Aquilia, D. 9, 2, 2). Er steht also nicht nur, wie die übrigen Gewaltunterworfenen (Hauskinder, uxor in manu, personae in mancipio) unter der potestas des Hausherrn, sondern in seinem dominium. Dieser kann mit ihm daher nach Willkür verfahren (vgl. Juvenal 6, 223: hoc volo, sic iubeo, stat pro ratione voluntas). Da jedoch „quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt"

---

angebliche dominus als Kläger die vindicatio in servitutem anstellen, im anderen Falle der assertor die vindicatio in libertatem. Nach einem schon in die 12 Tafeln aufgenommenen, vom Dezemvir Appius Claudius im Prozeß der Virginia angeblich verletzten (S. 101) Grundsatze war die betroffene Person während der Dauer des Freiheitsprozesses in Freiheit zu belassen (vindicias dato secundum libertatem, in heutiger Ausdrucksweise: der Prätor hatte im Wege der einstweiligen Verfügung anzuordnen, daß bis zur Entscheidung der liberalis causa die umstrittene Person als Freier zu behandeln sei). Später wurde über Libertät oder Ingenuität vom Prätor durch ein praeiudicum entschieden, also nur die Feststellung getroffen: an Titius liber sit (davon Präjudizialklage = Feststellungsklage, CPO. § 256).

Über die Frage, ob jemand die Civität habe oder nicht, konnte nicht, wie über Libertät oder Ingenuität, im Civilprozeß entschieden werden, sondern nur unmittelbar durch den Magistrat. Auch heute ist die Frage, ob jemand das Indigenat hat (Inländer ist), mit allgemeiner Wirkung und unmittelbar nicht im Wege des Civilprozesses, sondern durch die Verwaltungsbehörden zu entscheiden; inzidenter, d. h. als Vorfrage bei einem Civilprozesse (CPO. § 280, zB. gelegentlich der prozeßhindernden Einrede der mangelnden Sicherheit für die Prozeßkosten, CPO. §§ 274[a], 110), kann die Frage, ob jemand Ausländer oder Inländer ist, auch im Civilprozeß entschieden werden, natürlich aber ohne Wirkung für andere Fälle.

Da Streitigkeiten über Libertät und Ingenuität heute nicht mehr vorkommen können, versteht man heute unter Statusprozessen die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten über Familienverhältnisse einer Person (Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern, CPO. §§ 640 ff.). Da der Staat ein Interesse daran hat, daß der Personenstand nicht durch die Beteiligten willkürlich geändert wird, ersetzt die CPO. für diese Prozesse die die CPO. sonst beherrschende Verhandlungsmaxime durch die Inquisitionsmaxime (CPO. §§ 640, 641, 607, 617, 618, 622). Den gleichen Zweck, bei Statusklagen der Kollusion, d. h. dem geheimen Einverständnisse der Parteien vorzubeugen, verfolgte in Rom ein SC. de collusione deteganda seit Kaiser Domitian (D. 40, 16, 1).

(D. 50, 17, 32), so wird dem Sklaven eine gewisse Rechtspersönlichkeit zugestanden: er ist handlungsfähig, und wenn er auch keine Familie im Rechtssinne hat, so wird auf die von ihm eingegangene Ehe (contubernium) doch eine gewisse Rücksicht genommen; auch wird das aus dem dominium des Herrn folgende, ursprünglich unbeschränkte ius vitae ac necis in der Kaiserzeit gesetzlich begrenzt[3]).

β. In vermögensrechtlicher Beziehung nimmt der Sklave am commercium seines Herrn teil und bildet mit ihm dergestalt eine wirtschaftliche Einheit, daß alles, was der Sklave erwirbt, unmittelbar dem Herrn zufällt, gleichgültig, ob er das Geschäft auf dessen oder seinen eigenen Namen schließt. Hierin liegt keine Verletzung des röm. Grundsatzes (unten § 53a) der Unzulässigkeit unmittelbarer Stellvertretung (per liberam personam nobis acquiri non potest, G. 2, 95); denn der Sklave ist kein von seinem Herrn verschiedenes Rechtssubjekt. Verpflichten kann der Sklave den Herrn nur, wenn er ein Sondergut (peculium) zur selbständigen Verwaltung erhalten hat, das in rechtlicher Beziehung einen Bestandteil des hausherrlichen Vermögens bildet (I. 4, 6, 10). Dann haftet der Herr in Höhe desselben („dumtaxat de peculio") mit der actio de peculio[4]). Für unerlaubte Handlungen des Sklaven haftet der Eigentümer zur Zeit der Klageanstellung (actio noxalis, I. 4, 8, D. 9, 4, C. 3, 41), auch wenn sie beim früheren Eigentümer begangen waren (noxa caput sequitur); er kann sich aber durch noxae deditio, Auslieferung des Sklaven an den Geschädigten, befreien (unten § 114 c 5).

---

[3]) Eine lex Petronia (61 n. Chr.) verbietet die Verwendung der Sklaven zum Tierkampf (siehe auch D. 18, 1, 42), Antoninus Pius untersagt die eigenmächtige Tötung (G. 1, 53: male enim nostro iure uti non debemus), Severus die Prostitution der Sklavinnen (D. 1, 12, 1, 8). Seit Konstantin werden besonders die christlichen Sklaven geschützt.

[4]) Diese Klage gehört zu den actiones adiecticiae qualitatis (unten § 53a), bei denen neben dem eigentlichen Vertragsteil noch ein Anderer verhaftet ist.

Sich selbst kann der Sklave weder verpflichten noch berechtigen. Wird er aber freigelassen, so gelten die von ihm vorher geschlossenen Rechtsgeschäfte als Naturalobligationen, d. h. sie sind nicht klagbar, aber erfüllbar (unten § 72 b 2).

3. Beendigung der Sklaverei.

In der Kaiserzeit endet die Sklaverei in einzelnen Fällen kraft Gesetzes (ipso iure), zB. beim Verstoßen eines kranken Sklaven (D. 40, 8, 2), beim Mißbrauch einer mit der Abrede „ne prostituatur" verkauften Sklavin (D. 37, 14, 7 pr.), beim Eintritt in den geistlichen Stand, nach einem SC. Silanianum (10 n. Chr.) zur Belohnung bei Angabe der Mörder des Herrn (D. 40, 8, 5) und durch Ersitzung der Freiheit (10 Jahre inter praesentes, 20 Jahre inter absentes). In republikanischer Zeit wird die Freiheit aber ausschließlich durch Freilassung (manumissio) herbeigeführt.

a. Formen der Freilassung. Nach älterem Recht erfolgt die manumissio: vindictā, d. h. in einem dem wirklichen Freiheitsprozesse (vindicatio in libertatem, S. 205[2]) nachgebildeten Scheinprozesse (in iure cessio, S. 158) vor dem Prätor: ein Liktor als assertor vindiziert den Sklaven unter Auflegung seines Stabes (vindicta) in die Freiheit, der dominus unterläßt die contravindicatio in servitutem und läßt den bis dahin festgehaltenen Sklaven unter Verabreichung eines Backenstreichs (Zeichen der bisherigen Unfreiheit) und indem er ihn im Kreise herumdreht, los; censu, d. h. indem der Sklave sich (natürlich iubente domino) zu den tabulae censoriae anmeldet; und testamento, durch letztwillige Verfügung. Ein unmittelbar durch Testament Freigelassener heißt libertus orcīnus, weil sein Patron im Orkus ist. Dagegen wird der nur mittelbar, durch Auftrag (fideicommissum) an den Erben, Freigelassene erst durch die Freilassung seitens des — nach Kaiserrecht hierzu verpflichteten — Erben frei, tritt also unter dessen Patronat. Statuliber heißt ein Sklave, dem erst von einem bestimmten Tage an (ex die) oder

unter einer aufschiebenden Bedingung die Freiheit vermacht ist (D. 40, 7, 1, pr.).

Nur die vindicta, censu, testamento (seit Konstantin auch die in ecclesia, vor Bischof und Gemeinde) bewirkte Freilassung machte zum römischen Bürger; formlose Freilassung (zB. per epistolam, inter amicos) gewährte nur tatsächliches, allerdings vom Prätor (durch Verweigerung der vindicatio in servitutem, S. 205[2]) geschütztes Freisein (in libertate esse). Seit der lex Junia Norbana werden formlos Freigelassene Latini Juniani (S. 217[10]). Justinian verlieh auch den formlos Freigelassenen (zB. denen,[a] die mit einem Hut, als „pileati", an dem Leichenbegängnis des Herrn hatten teilnehmen dürfen) die volle Civität (C. 7, 6, 1, 1).[5])

---

[5]) Die Freilassung hat jedoch nur dann die volle Wirkung, wenn der manumissor alleiniger und verfügungsberechtigter Eigentümer ist.

a. Wird die Freilassung nur von einem der mehreren Miteigentümer vorgenommen, so war dies nach älterem Recht ohne Wirkung, wenn die Freilassung formlos vorgenommen wurde; bei feierlicher Freilassung verlor der Freilassende dagegen seinen Eigentumsanteil zu Gunsten der übrigen (sog. ius accrescendi in servo; I. 2, 7, 4). Justinian beseitigte dies (C. 7, 7, 1) und bestimmte, daß die übrigen Miteigentümer genötigt werden könnten, ihre Anteile gegen Entschädigung an den Freilassenden abzutreten.

b. Bei Freilassung durch denjenigen, der das nudum ius Quiritium (unten § 120 b) hatte, erhielt der bonitarische Eigentümer das plenum dominium. Freilassung nur durch den bonitarischen Eigentümer gewährte nur faktisches Freisein, später bloße Latinität.

c. Verpfändete oder mit einem Nießbrauche belastete Sklaven konnten nur durch Zusammenwirken des Eigentümers und des dinglich Berechtigten vollwirksam freigelassen werden. Die Freilassung durch den Eigentümer allein bewirkte bei mit einem Pfandrechte belasteten Sklaven nur dann sofortige Freiheit, wenn es sich um ein Generalpfandrecht handelte, es sei denn, daß die Freilassung zwecks Benachteiligung der Gläubiger (in fraudem creditorum) vorgenommen wurde; bei mit Spezialpfandrechten belasteten Sklaven trat die Befreiung erst mit Aufhören des Pfandrechts ein, ebenso bei den im Nießbrauch stehenden Sklaven.

d. Juristischen Personen war im älteren Recht die Freilassung untersagt; sie mußten den Umweg einer Veräußerung an einen Dritten mit der Auflage der Freilassung wählen. Erst durch eine lex Vectibulici (? vetti libici, C. 7, 9, 3) wurde sie den italischen,

β. **Rechtsverhältnisse der Freigelassenen.** Zwischen dem Freilasser (patronus) und dem Freigelassenen (libertus im Verhältnisse zum Patron, libertinus als Staatsbürger, einzelne Schriftsteller nennen allerdings liberti die Freigelassenen, libertini deren als ingenui geltende Kinder) besteht ein Band der Treue (patronatus), ähnlich dem zwischen Patrizier und Klienten. Aus dem Treueverhältnisse folgt die Pflicht des Freigelassenen zu obsequium et reverentia (D. 37, 14, 19), welche sich im Verbote der Erhebung einer strafrechtlichen Anklage, einer actio famosa und — wenigstens ohne Erlaubnis des Prätors — einer sonstigen Klage äußert (D. 37, 15, 5). Bei schwerem Undank des Freigelassenen steht dem Patron die revocatio in servitutem zu. Der Patron hat gegen seinen Libertus auch einen Anspruch auf Unterhalt im Falle seiner Verarmung und ein gesetzliches Erbrecht, sofern der Freigelassene keine Leibeserben hat. Außer diesen gesetzlichen Pflichten pflegt der Freigelassene dem Patron noch vertragsmäßig Respektsdienste, operae officiales, und gewerbliche Dienste, operae fabriles zu leisten, welche schon dann klagbar sind, wenn der Freigelassene sie auch nur einseitig, jedoch eidlich versprochen hat (iurata operarum promissio; Fall klagbaren einseitigen Versprechens, unten § 73 a 1).

Das Patronatsrecht geht auf die Kinder des Patrons über, erstreckt sich aber nicht auf die Kinder des Freigelassenen. Es erlischt, wenn der Patron das Treueverhältnis durch Erhebung einer Kapitalanklage oder Unterlassung der Unterstützung eines bedürftigen Libertus verletzt (D. 37, 14, 5, 1).

Die Freigelassenen traten, sofern ihnen nicht durch besondere Gesetze[6]) die Civität überhaupt versagt war, in

---

129 n. Chr. auch den Provinzialgemeinden, durch Mark Aurel allen Korporationen gestattet (D. 40, 3, 1).

[6]) Solche den Ansturm der forensis turba der humillimi beschränkende Gesetze sind: lex Aelia Sentia (4 n. Chr.), nach welcher wegen schwerer Verbrechen verurteilte Sklaven bei ihrer Freilassung nur peregrini dediticii (S. 80) werden und Frei-

früherer Zeit, seit Beseitigung der Reform des Censors Appius Claudius (S. 63), nur in die 4 tribus urbanae ein, die also das ganze Proletariat umfaßten; sie wurden zum Kriegsdienste nur in der Proletariercenturie (S. 62[6]) verwendet und waren unfähig zu den Ämtern.

Die Ehe eines Senators mit einer Freigelassenen galt als Mißheirat (concubinatus, S. 57). In der späteren Kaiserzeit wird die Stellung der verhältnismäßig wohlhabenden Freigelassenen, aus denen die Kaiser ihre Beamten zu entnehmen pflegen, angesehener. Auch kann der Kaiser dem Freigelassenen den Stand eines Freigeborenen verleihen, entweder durch natalium restitutio unter Beseitigung des Patronatsrechts (D. 40, 11, 2), oder salvo iure patroni, insbesondere seines Erbrechts, durch Erteilung des ius aureorum anulorum, der Befugnis, gleich einem Senator oder Ritter einen goldenen Ring zu tragen (D. 38, 2, 3, pr.: vivit quasi ingenuus, moritur quasi libertus). Justinian, der in jeder Beziehung den Unterschied der Klassen zu beseitigen bestrebt war, hebt alle Unterschiede in der Rechtsstellung der Freigelassenen zu den Freigeborenen auf, jedoch unter Aufrechterhaltung des für verzichtbar erklärten Patronatsrechts (Nov. 78 c. 1, 2, 5).

4. Sklavenähnliche Verhältnisse.

a. Mancipium ist das Gewaltverhältnis über einen freien Menschen, welches dadurch entsteht, daß der letztere von seinem Gewalthaber, Vater oder Ehemann (S. 154), in Form der Manzipation einem Anderen übergeben wird. Die Veranlassung hierzu kann entweder ein durch den Verkauf von dem Gewalthaber erstrebter Gewinn oder die Absicht sein, durch noxae datio (S. 207) der Haftung für eine vom Hingegebenen verübte Beschädigung ledig zu werden. Am häufigsten jedoch geschieht die Hingabe in das Manzipium

---

lassungen in fraudem creditorum ungültig sein sollten, die lex Furia (od. Fufia) Caninia (8 n. Chr.), nach welcher Jeder testamentarisch nur einen Bruchteil seiner Sklaven freilassen durfte, und die lex Iunia Norbana (S. 217[10]).

dicis causa, zum Schein, um den Hingegebenen auf diese Weise von der patria potestas oder manus zu befreien (S. 158). Dann ist das Manzipationsverhältnis nur ein vorübergehendes (uno momento, G. 1, 141).

Durch Hingabe in das Manzipium wird die Rechtsfähigkeit des Hingegebenen nicht geändert, vielmehr sein Commercium nur dahin beschränkt, daß er wie ein Sklave alles unmittelbar dem Gewalthaber erwirbt. Da er aber aus seiner Familie ausscheidet, so erleidet er eine capitis diminutio minima (S. 204). Das Manzipium wird beendet durch Freilassung, nach welcher der Freilassende ein Quasipatronat erhält, durch Abverdienung des Schadens bei der noxae deditio und, falls es nur dicis causa eingegangen ist, beim nächsten Census.

β. Der zahlungsunfähige Schuldner, der nexus (S. 154) und der fur manifestus, d. h. der auf der Tat ertappte Dieb, werden nach altem Recht dem Gläubiger und Bestohlenen zugesprochen (addictio) und bleiben bis zur Abtragung ihrer Schuld in einem sklavenähnlichen Zustande.

γ. Auctoratus ist derjenige, welcher sich durch einen Vertrag (auctoramentum) einem Gladiatorenhalter (lanista) für eine Gladiatorenschule (ludus) verdungen hat. Er bleibt frei, wird aber infam und ist der härtesten Behandlung seines Herrn preisgegeben.

δ. Der ab hostibus redemptus (S. 204[1]) steht in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis zu dem, der ihn ausgelöst hat, bis der Kaufpreis zurückerstattet ist (D. 28, 1, 20, 1).

ε. In der Kaiserzeit entwickelte sich ein der deutschen Hörigkeit ähnliches Abhängigkeitsverhältnis in dem colonatus. Coloni (inquilini) waren Bauern, welche in ein Schuldverhältnis zu einem Großgrundbesitzer geraten waren, und Sklaven, welchen ein Landgut gegen eine bestimmte Abgabe in Geld (canon) oder Früchten (colonia partiaria) zu eigener Bewirtschaftung überlassen wurde. Die Kolonen waren glebae adscripti, d. h. sie gehörten zu dem Gut, auf dem sie ansässig waren, und wurden mit ihm veräußert, hatten andererseits aber auch ein Recht, auf dem Gute be-

lassen zu werden. Die „Freizügigkeit" mangelte ihnen also. Sie hatten eigenes Vermögen, konnten dasselbe jedoch ohne Genehmigung des Herrn nicht vom Gut entfernen. Das Kolonat ist erblich (coloni originarii), kann aber auch durch Vertrag und dreißigjährige Verjährung entstehen. Ob es eine Freilassung aus dem Kolonat gab, ist zweifelhaft; beendet wurde es durch Einstellung in das Heer und nach Justinian durch Erlangung der Bischofswürde. Eine besondere Art von Kolonen waren die an den Grenzen angesiedelten und militärisch organisierten germanischen Stämme (Laeti, germanisch Lassen), eine Art von Militärgrenze, wie die 1881 aufgehobene zwischen Österreich und der Türkei[7]).

c. Status civitatis.

Die freien Einwohner des römischen Reichs schieden sich in cives, Latini und peregrini. Ursprünglich waren dies Unterschiede völkerrechtlicher und geographischer Natur: cives hießen die Vollbürger Roms, Latini die Angehörigen latinischer Gemeinden, peregrini die Bürger anderer Gemeinden, welche mit Rom im Verkehr standen. Mit der Ausbreitung Roms wurden diese drei Begriffe zur Bezeichnung nicht mehr völkerrechtlicher, sondern staatsbürgerlicher Rechtsstellung verwendet: cives hießen nun Vollbürger, Latini Personen, die nur das commercium, die Fähigkeit zu den Rechtsgeschäften des Civilrechts (S. 153), peregrini Personen, die nicht einmal dieses Recht hatten. Nachdem durch die lex Antoniniana des Caracalla 212 n. Chr. allen freien Reichseinwohnern das volle Bürgerrecht verliehen

[7]) Während noch das Mittelalter die Unterschiede der Freien, Hörigen und Unfreien aufrecht erhielt (D. §§ 5, 11), sind die Bestrebungen der neueren Zeit, insbesondere des neunzehnten Jahrhunderts (D. § 18), auf Beseitigung jedes persönlichen Untertänigkeitsverhältnisses gerichtet. Nachdem 1864 (Lincoln) in den Vereinigten Staaten von Nordamerika und 1876 in der Türkei die Sklaverei verfassungsmäßig beseitigt ist, besteht sie nur noch in Asien und Afrika, doch wird ihre Beseitigung auch hier (so durch Art. 9 der Kongoakte vom 26. Februar 1885) angestrebt. Vgl. das RG. vom 28. Juli 1895 betr. die Bestrafung des Sklavenraubes und des Sklavenhandels, sowie StGB. § 234.

war (nach Dio Cassius, um die nur für römische Bürger eingeführte vicesima hereditatum, S. 87[1], von allen Einwohnern erheben zu können), tritt an die Stelle der erwähnten und beseitigten Unterschiede im Innern die Unterscheidung zwischen Inländern und Ausländern[8]).

Bis zur lex Antoniniana de civitate war die Rechtsentwickelung folgende:

1. Cives Romani.

Die Civität wird erworben: durch Geburt von einer Römerin, durch iusta manumissio (S. 208) und in der Kaiserzeit auch durch Verleihung. Sie wird verloren (capitis diminutio media) durch Annahme des Bürgerrechts in einer Latinen- oder Peregrinenstadt (vor Caracalla) durch Verurteilung zur Verbannung (I. 1, 16, 2),[9]) und durch Überlaufen in das Heer des Feindes (D. 4, 5, 5, 1).

---

[8]) Die scharfe Abgrenzung der Stände gegeneinander (D. §§ 5, 11) hatte dem Mittelalter sein eigenartiges Gepräge gegeben. Dagegen ist in neuerer Zeit, vor allem seit der französischen Revolution, eine fast völlige Ausgleichung der Geburtsstände eingetreten. Auch das moderne Staatsrecht unterscheidet nur zwischen Inländern und Ausländern. Allein selbst in dieser Hinsicht sind die ehemaligen schroffen Gegensätze sehr gemildert. Heute zeigt sich die verschiedene Behandlung von Inländern und Ausländern fast allein auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts, nicht mehr wie im rR. (Ausschluß der Peregrinen vom commercium und connubium) auch im Privatrecht. Während im ältesten römischen und deutschen Recht der Fremde völlig rechtlos war, ist der Ausländer in der Gegenwart nur dann anders als der Inländer zu behandeln, wenn dies ausdrücklich bestimmt ist, wie zB. in § 1315 BGB. (Eheschließung), § 55 CPO. (Prozeßfähigkeit), Art. 84 WO. (Wechselfähigkeit), §§ 3, 4, 39, 91, 284 StGB. Vielfach ist die Gleichstellung allerdings davon abhängig gemacht, daß die „Gegenseitigkeit verbürgt ist", so zB. nach CPO. §§ 110 (Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten), 114 (Bewilligung des Armenrechts), 328 (Anerkennung eines ausländischen Urteils), 723 (Vollstreckungsurteil auf Grund eines solchen), StGB. §§ 102, 103 (feindliche Handlungen gegen befreundete Staaten). Oder es kann ein Vergeltungsrecht (Retorsion) gegen den ausländischen Staat und dessen Angehörige geübt werden, wenn diesseitige Untertanen in einem ausländischen Staate schlechter gestellt sind als die dortigen Inländer (zB. § 5 KO., Art. 31 EGBGB.).

[9]) In der Zeit der Republik wurde die Verbannung, nachdem der Verbannte freiwillig in das Exil gegangen war, durch einen Volks-

Die **Rechtsstellung** der **Vollbürger** (cives optimo iure) zeigt sich: in **öffentlich** rechtlicher Beziehung im ius suffragii (**aktives Wahlrecht**, Stimmrecht in den Komitien, S. 59 ff.), im ius honorum (**passives Wahlrecht**, Wählbarkeit zu Ämtern) und im ius sacrorum publicorum; in **privatrechtlicher** Hinsicht im commercium (der Fähigkeit zur Vornahme der Geschäfte des ius civile: mancipatio, in iure cessio, sponsio, Erwerb quiritischen Eigentums) und im connubium (der Fähigkeit zur Eingehung eines matrimonium legitimum, der Grundlage des altrömischen

---

beschluß bestätigt (aquae et ignis interdictio). In der Kaiserzeit trat an deren Stelle die deportatio in insulam. Die Verbannung zieht Konfiskation, d. h. Einziehung der Güter des Verbannten durch den Staat, nach sich. Der Prätor weist einen den Staat vertretenden Quästor in das Vermögen des Verbannten ein. Dieses wird sub hasta (S. 78[4]) im Ganzen an einen Gesamtkäufer, bonorum sector, verkauft. Justinian verzichtete, den Fall einer Majestätsbeleidigung (crimen laesae maiestatis) ausgenommen, auf die Konfiskation, sofern Aszendenten, Deszendenten oder ein vermögensloser Ehegatte vorhanden waren. Von der den Verurteilten an einen bestimmten Ort bannenden Deportation ist die relegatio verschieden, durch welche jemand, ohne sein Bürgerrecht oder Vermögen einzubüßen, nur vom Aufenthalt an gewissen Orten ausgeschlossen wird. Vgl. S. 181, 184.

Die Deportation als Strafe ist dem Reichsstrafgesetzbuch unbekannt, besteht aber in Frankreich (Algier, Cayenne, Neukaledonien) und Rußland (Sibirien). Dagegen kennt das StGB. die Ausweisung als Strafersatz gegenüber Ausländern in den §§ 39 (Verweisung der unter Polizeiaufsicht gestellten Ausländer aus dem Reichsgebiet, nicht zu verwechseln mit dem jedem Bundesstaate völkerrechtlich zustehenden Recht, lästige Ausländer ohne weiteres auf dem Verwaltungswege aus seinem Gebiet auszuweisen), 284 (Verweisung aus dem Reichsgebiet bei Verurteilung wegen gewerbsmäßigen Glücksspiels); 361[3—8], 362 (Verweisung aus dem Reichsgebiet an Stelle der Unterbringung in ein Arbeitshaus bei ausländischen Landstreichern, Bettlern, Dirnen, Arbeitsscheuen, Obdachlosen). Inländern gegenüber wurde die Ausweisung in dem bei Beendigung des Kulturkampfs wieder beseitigten sog. Expatriierungsgesetz (D. § 23[m]) angewendet, aber erst nachdem die betr. katholischen Geistlichen ihrer inländischen Staatsangehörigkeit für verlustig erklärt waren. Eine Art von Relegation war in dem am 30. September 1890 aufgehobenen Sozialistengesetz vom 21. Oktober 1878 enthalten, nach welchem Sozialisten aus den Bezirken ausgewiesen werden konnten, für welche der „kleine Belagerungszustand" verkündet war.

Familienrechts). Diesen Rechten stehen die Wehrpflicht und die Steuerpflicht (S. 59) sowie die Verpflichtung zur Übernahme der munera publica (Geschworenen- und Vormundschaftsdienst, S. 71) gegenüber.

Einzelnen Klassen von Bürgern sind manche dieser Rechte entzogen (cives non optimo iure). Nach Beendigung des Ständekampfes sind dies nur die Freigelassenen (S. 208) und die aerarii. Aerarii sind Bürger, welche nicht in die Censuslisten eingetragen sind, daher das ius suffragii entbehren und keiner Centurie angehören, vielmehr nur mit einer Kopfsteuer, aes, belastet sind. Zu ihnen gehören Bürger, welche vom Censor aus den Tribus ausgestoßen sind (S. 77), sowie Angehörige solcher in den römischen Staatsverband aufgenommener Gemeinwesen, welchen das ius suffragii versagt worden war. Die erste so aufgenommene Stadt war Caere, die aerarii heißen daher auch Caerites, die über sie geführten Listen tabulae Caeritum. Mit dem Aufhören des Census und der Verleihung des vollen Bürgerrechts an ganz Italien verschwinden die aerarii.

2. Latini.

α. Prisci Latini sind die Einwohner der Gemeinden von Latium, welchen wegen der Stammverwandtschaft mit Rom das commercium und connubium zugestanden, während ihnen bis zur Beendigung des Bundesgenossenkriegs (88 v. Chr.) das ius suffragii et honorum versagt war.

β. Latini coloniarii sind ursprünglich die Angehörigen gewisser nach Unterwerfung von Unteritalien (268 v. Chr.) dorthin ausgesandter Kolonien. Ihre Rechtsstellung unterscheidet sich von derjenigen der prisci Latini dadurch, daß ihnen das connubium versagt ist. Die den Latini coloniarii gewährte Rechtsstellung (ius Latii) pflegte man später auch anderen Kolonien und Peregrinengemeinden zu erteilen, meist solchen, die auf den Erwerb der Civität vorbereitet werden sollten. Diejenigen, welche in solchen Gemeinden Magistrate gewesen waren, wurden römische Bürger (ius Latii minus), in einzelnen Kolo-

nien auch diejenigen, welche Dekurionen (Stadtverordnete, S. 82) gewesen waren (ius Latii maius, G. 1, 96).[10])

3. Peregrini.

Nach altrömischer (wie nach altdeutscher, D. § 64 a 3) Anschauung war jeder Nichtrömer hostis, perduellis (duellum = bellum) und als solcher rechtlos. So erklärt sich der Satz der 12 Tafeln: adversus hostem aeterna auctoritas, d. h. der Fremde kann nichts ersitzen (unten § 124 c 1). Später erkannte man die Rechtsfähigkeit solcher Fremden an, welche einem Rom befreundeten Volk angehörten oder sich in die custodela (Gastfreundschaft, hospitium privatum) eines Römers begeben hatten.

Diese nannte man Peregrinen; man gewährte ihnen Rechtsschutz (recuperatio), behandelte sie aber nicht nach römischem, sondern nach ihrem angestammten Rechte (Personalitätsprinzip). Die Peregrinen sind daher zwar (nach

---

[10]) Die prisci Latini verschwanden mit der Verleihung des vollen Bürgerrechts an alle Italiener (S. 81); der Stand der Latini coloniarii dagegen erhielt sich bis zur lex Antoniniana de civitate (S. 213). In der Kaiserzeit wurde aber noch eine neue Art von Latinen geschaffen, die Latini Iuniani. Eine lex Iunia Norbana (19 n. Chr.) bestimmte, daß die nur formlos (S. 209) freigelassenen Sklaven die Rechtsstellung der Latini coloniarii erhalten, also das ius suffragii et honorum sowie das connubium entbehren, und daß sie das commercium nur unter Lebenden, nicht von Todes wegen haben sollten („vivunt ut ingenui, moriuntur ut servi"; G. 1, 23 und 3, 56). Diese Latinen konnten das römische Bürgerrecht erhalten: a. durch kaiserliche Verleihung; b. iteratione, durch Wiederholung der Freilassung in feierlicher Form; c. causae probatione ex lege Aelia Sentia per anniculum, wenn ein Latine, welcher vor 7 Römern eine Ehe geschlossen hatte, aus derselben ein einjähriges Kind (anniculus) vorwies; d. erroris causae probatione, wenn eine Römerin einen Latinen, den sie für einen Römer hielt, geheiratet hatte und aus der Ehe ein Sohn vorhanden war; e. militia, nave, aedificio, pistrino, wenn ein Latine durch Dienst inter vigiles (Polizei), durch Heranschaffen von Getreide, Erbauen eines Hauses oder einer Mühle sich Verdienste um Rom erworben hatte. Der Stand der Latini Iuniani erhielt sich bis auf Justinian.

Mit dem (persönlichen) ius Latii nicht zu verwechseln ist das (dingliche) ius Italicum (S. 83[9]).

ius gentium, S. 160) rechtsfähig, entbehren aber sowohl das ius suffragii et honorum als das connubium und das commercium (nach Civilrecht).

Gerade wie bei der Latinität übertrug man später den Ausdruck „Peregrinen" auf diejenigen im römischen Staatsverbande Stehenden, welchen eine ähnliche Rechtsstellung zukam. In der zweiten Periode sind Peregrinen in diesem Sinne 1. die Angehörigen fremder befreundeter Staaten, 2. die Einwohner derjenigen Provinzen, die noch nicht die Civität oder wenigstens die Latinität erhalten haben, 3. die peregrini dediticii (S. 80), 4. Römer, welche zur Strafe ihr Bürgerrecht verloren haben[11]).

d. Status familiae.

„Familie" bedeutet heute eine Gruppe von Menschen, welche durch die Bande der Ehe oder der Blutsverwandtschaft mit einander in Verbindung stehen. Der römische Ausdruck „familia" ist dagegen mehrdeutig und umfaßt wie S. 61[5] dargelegt, zuweilen auch Vermögensobjekte, nämlich das altitalische Bauerngut mit seinen wesentlichen Zubehörungen.

In dem Ausdrucke status familiae bezeichnet familia nur die Verbindung von Personen. Diese Verbindung kann eine dreifache sein: agnatio, cognatio, affinitas.

1. Agnatio (cognatio civilis oder legitima, D. 38, 10, 4, 2) ist die auf der Hausgewalt beruhende Zusammengehörigkeit. Agnaten sind alle diejenigen, welche der Hausgewalt (patria potestas oder manus) desselben

---

[11]) Den peregrini dediticii wurden in der dritten Periode diejenigen Freigelassenen gleichgestellt, welche wegen grober Verbrechen gemäß der lex Aelia Sentia (4 n. Chr.) nur ein beschränktes Bürgerrecht erhalten sollten. Sie waren von Erlangung der vollen Civität ausgeschlossen, konnten auch eines sonstigen örtlichen Bürgerrechts nicht teilhaftig werden (ἀπόλιδες) und verloren durch den Aufenthalt in Rom oder intra centesimum miliarium ihre Freiheit wieder (G. 1, 27). Nach den Berliner Fragmenten (S. 127) scheinen auch römische Bürger (deportati) unter die dediticii versetzt worden zu sein.

pater familias unterworfen sind oder sein würden, wenn der gemeinsame Gewalthaber noch lebte, mit Einschluß des pater familias. Frauen können (als Ehefrauen in manu oder als filiae familias) zwar Agnaten sein, aber eine agnatische Familie nicht begründen, da sie nie Träger der hausherrlichen Gewalt sein können (mulier familiae suae et caput et finis est, D. 50, 16, 195, 5). Agnaten im römischen Sinne sind also (von der uxor in manu und den Adoptierten abgesehen) die von demselben Manne durch Männer abstammenden Personen (Männer oder Frauen, nach deutschem Recht nur Männer: mas a mare).

Nach seiner Stellung in der agnatischen Familie ist der römische Bürger entweder selbst Haupt einer Familie (sui iuris) oder einem Familienhaupt unterworfen (alieni iuris; I. 1, 8, D. 1, 6: De his qui sui vel alieni iuris sunt). Die nächsten Agnaten eines pater familias sind seine Nachkommen: sui und suae (filii und filiae familias und die Nachkommen der Söhne). Die nächsten Agnaten der Seitenlinie sind die von demselben Vater abstammenden Kinder (consanguinei), gleichgültig ob sie auch die Mutter gemeinsam haben (germani) oder nicht. Dagegen sind uterini, d. h. Halbgeschwister, welche nur die Mutter gemeinsam haben, keine Agnaten. Die in manu befindliche Ehefrau gilt consanguineae loco, als agnatische Schwester der von ihrem Mann erzeugten Kinder und deshalb auch als sua (S. 155).

Die Stellung, die ein Römer in seiner Familie einnimmt, ob er sui oder alieni iuris ist, hat für das öffentliche Recht keine Bedeutung. Es kann zB. auch ein filius familias Konsul werden, nach Justinian (C. 12, 3, 5) wird er dadurch aber sui iuris, ebenso durch Erlangung der Bischofswürde (Nov. 81, 3). Auch für das Privatrecht ist die Rechtsfähigkeit des homo alieni iuris nur insofern beschränkt, als er anfänglich alles, was er erwirbt, mit Rechtsnotwendigkeit dem Gewalthaber erwirbt. Der filius familias kann sich also mit Schulden belasten, aber kein Vermögen für sich erwerben. Später wird dieser Grundsatz in doppelter Beziehung durchbrochen: das SC. Macedonianum entzieht dem

Hausſohn die ſelbſtändige Darlehensfähigkeit (unten § 95 b); andererſeits erhält er in der Kaiſerzeit beſtimmte Vermögensmaſſen zu Eigentum (peculium castrense und quasicastrense, bona adventicia, S. 165).

Hört die patria potestas eines pater familias durch ſeinen Tod oder in ſonſtiger Weiſe, zB. durch emancipatio, auf, ſo wird das bisherige Hauskind sui iuris, die agnatiſche Verbindung der nunmehr ſelbſtändige Familien bildenden bisherigen Hausgenoſſen bleibt aber beſtehen (D. 50, 16, 195, 2). Durch dieſe Spaltung des Agnatenkreiſes werden die einzelnen Familien einander jedoch allmählich derart entfremdet, daß die Tatſache ehemaliger Hauszuſammengehörigkeit ſich nur in dem gemeinſamen Namen widerſpiegelt: der Kreis dieſer mit einander weitläufig agnatiſch verwandten Familien iſt die gens (S. 50).

2. Cognatio (naturalis) iſt die durch Abſtammung begründete Verwandtſchaft. Während die agnatio auf der Gemeinſchaft des *Hauſes* beruht, iſt die Grundlage der cognatio die (phyſiologiſche) Gemeinſchaft des *Blutes*. Agnatio und cognatio decken ſich vielfach, aber nicht immer. Denn einerſeits kann die agnatio auch künſtlich, durch Aufnahme in die Familie hervorgebracht werden (durch arrogatio und adoptio plena, ſ. u.), ſodaß es alſo Agnaten gibt, die keine Cognaten ſind, was Paulus (D. 38, 10, 10, 4) allerdings beſtreitet; und andererſeits wird die agnatio, nicht aber die cognatio durch das Ausſcheiden aus dem Hauſe (emancipatio) beſeitigt, ſodaß es Cognaten gibt, die keine Agnaten ſind. Endlich kann die agnatiſche Verwandtſchaft durch Geburt nur in vollgültiger Ehe entſtehen, während uneheliche Kinder nur zu ihrer Mutter und deren Cognaten in cognatiſche Verwandtſchaft treten (D. 1, 5, 24; BGB. § 1705).

Die von einander abſtammenden Blutsverwandten bilden die *gerade Linie* (linea recta) und ſind Aſcendenten (linea superior) und Deſcendenten (linea inferior). *Seitenverwandte* (Collateralen, linea transversa s. obliqua) ſind diejenigen Blutsverwandten, welche von einem gemeinſamen Dritten abſtammen.

Der Grad, d. h. die Nähe der Verwandtschaft zwischen zwei Personen, wird nach römischem und modernem Recht[12]) durch die Anzahl der zwischen diesen Personen liegenden Zeugungen bestimmt (quot generationes, tot gradus, sog. römische Komputation). Man ist daher verwandt: mit seinen Eltern und Kindern im ersten, mit seinen Geschwistern im zweiten, mit seiner Eltern Geschwistern (patruus, amita von der Vaterseite, avunculus, matertĕra von der Mutterseite) im dritten, mit deren Kindern (consobrini = Cousin und Cousine) im vierten Grade. Geschwisterenkel (sobrini) sind im sechsten Grade verwandt. Hiermit endet gewöhnlich der römische Stammbaum (stemma); vom siebenten Grade werden nur noch die Sobrinenkinder aufgenommen (sobrino sobrinave nati nataeve) und vom Recht berücksichtigt (z. B. bei der gesetzlichen Erbfolge, siehe unten). Vgl. I. 3, 6: De gradibus cognationis; D. 38, 10: De gradibus et adfinibus et nominibus eorum.

3. Affinitas (Schwägerschaft) ist das Band zwischen einem Ehegatten und den Cognaten des anderen Ehegatten. (D. 38, 10, 4, 3: adfines sunt viri et uxoris cognati, dicti ab eo, quod duae cognationes, quae diversae inter se sunt, per nuptias copulantur et altera ad alterius cognationis finem accedit). Während das rR. Grade der Affinität nicht beachtet (gradus affinitati nulli sunt, D. 38, 10, 4, 5) ist nach kanonischem und modernem Recht jeder Ehegatte mit den Cognaten des andern in demselben Grade verschwägert, in welchem der andere Ehegatte mit ihnen verwandt ist. Affinen ersten Grades sind also die Schwiegereltern (socer, socrus) und Schwiegerkinder (gener, nurus) sowie die Stiefeltern (vitrĭcus, noverca) und Stiefkinder (privignus, privigna) unter einander. Nicht verschwägert sind comprivigni, zusammengebrachte Kinder aus früheren

[12]) Über die deutsche und kanonische Komputation, welche in der Seitenlinie nur die Zahl der Zeugungen auf einer (der längeren) Seite bis zum gemeinschaftlichen Stammvater berücksichtigt, vgl. D. § 84. Das BGB. bestimmt in § 1589: „Der Grad der Verwandtschaft bestimmt sich nach der Zahl der sie vermittelnden Geburten" (also römische Komputation).

Ehen und die Cognaten der Ehegatten unter einander, wie zB. die beiderseitigen Schwiegereltern.

Die agnatio ist die Verwandtschaft des ius civile, die cognatio diejenige des ius gentium. Während daher das ältere Familienrecht gemäß dem ursprünglichen Einflusse des ius civile (S. 155) ausschließlich auf der agnatio beruht, sodaß cognatio und affinitas nur als Ehehindernisse in Betracht kommen, wird die agnatio mit dem allmählichen Vordringen des ius gentium völlig durch die cognatio verdrängt, vor allem im Erbrechte (S. 165). Gegenwärtig hat (abgesehen von der Adoption und dem auch heute noch bedeutsamen Begriffe der deutschen Agnation, D. § 84[4]) allein noch die Cognation Bedeutung.

Die affinitas hat im rR. Wirkungen nur so lange die Ehe besteht[13]); sie gilt als Ehehindernis und befreit von der Zeugnispflicht sowie dem Kriminalgeschworenenamte.

Die Veränderung der bisherigen agnatischen Familienbeziehungen (familiae amissio s. mutatio), d. h. das Ausscheiden aus dem angestammten Hause unter Übergang in eine andere familia durch emancipatio, datio in mancipium und in adoptionem, arrogatio, conventio in manum mariti (nicht aber der die agnatischen Bande unberührt lassende Tod des pater familias, S. 220) führt eine Statusveränderung, die capitis diminutio minima, herbei. Diese hatte nach früherem rR. auch privatrechtliche Wirkungen, welche sich auf den Verlust des bisherigen und Erwerb eines neuen commercium zurückführen lassen: usus-fructus und usus endeten durch capitis dim. min. wie durch den Tod, das bisherige gesetzliche Erbrecht hörte auf, die Kontraktsschulden gingen unter, und bei der Annahme

---

[13]) Das kanonische Recht sieht die Quelle der Schwägerschaft in der Geschlechtsvereinigung. Es erkennt daher einerseits auch eine auf außerehelicher Geschlechtsvereinigung beruhende affinitas illegitima an, andererseits die Fortdauer der Wirkungen der affinitas auch nach Lösung der sie begründenden Ehe. Das moderne Recht folgt, wenn auch nicht durchgängig, dem kanonischen Prinzipe; vgl. BGB. §§ 1310, 1590, EGBG. Art. 33, CPO. §§ 41, 383, StPO. §§ 22, 51 und dagegen KO. § 31.

eines Gewaltfreien, arrogatio, ging nur das Aktivvermögen auf den pater arrogans über (acquisitio per universitatem), während die Schulden des Arrogierten untergingen. Schon im prätorischen Recht wurde den hierdurch benachteiligten Gläubigern restitutio in integrum gewährt (D. 4, 5, 2, 1). In das just. R. ist von den privatrechtlichen Wirkungen der c. d. minima nichts übergegangen.

§ 38. Umstände, welche die Rechtsfähigkeit beeinflussen.

Abgesehen von dem in § 37 behandelten status wird die Rechtsfähigkeit des Römers noch beeinflußt von Geschlecht (a), Ehre (b) und Religion (c). Von rechtlicher Bedeutung sind endlich auch Bürgerrecht und Wohnsitz (d).

a. Geschlecht.

Es gibt nur 2 Geschlechter; ein Zwitter (hermaphroditus) „magis eius sexus aestimandus, qui in eo praevalet" (D. 1, 5, 10).

Die Frauen sind im rR. nicht nur, wie unten § 44 b 3 zu zeigen, in ihrer Handlungsfähigkeit (tutela mulierum) sehr beschränkt, sondern auch hinsichtlich ihrer Rechtsfähigkeit zurückgesetzt (D. 1, 5, 9: In multis iuris nostri articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum).

1. Die Frau entbehrt aller öffentlichen Rechte (D. 50, 17, 2: Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt et ideo nec iudices esse possunt nec magistratum gerere nec postulare nec pro alio intervenire nec procuratores existere). Sie kann daher auch die munera publica nicht versehen und ist deshalb zur Vormundschaft grundsätzlich unfähig (D. 26, 1, 18, vgl. jedoch C. 5, 35, 2 und 3), ebenso auch zum Testamentszeugnis (I. 2, 10, 6).

2. Die Frau ist ferner in ihrer privaten Rechtsfähigkeit zurückgesetzt und zwar nicht nur als Ehefrau, sondern auch allein auf Grund ihres Geschlechts. Insbesondere kann sie nie Trägerin einer Hausgewalt werden (S. 219), sie

wird deshalb auch in allen hiermit in Verbindung stehenden Verhältnissen zurückgesetzt, so insbesondere nach altem Civilrecht im gesetzlichen Erbrecht: sie beerbt als Agnatin nur die consanguinei, wird andererseits aber von jedem auch noch so entfernten männlichen Agnaten beerbt (G. 3, 14). Auch im Testamentserbrecht ist sie zurückgesetzt: nach der lex Voconia (169 v. Chr., G. 2, 226) darf ein classicus (Bürger der 1. Censusklasse) Frauen (außer die Vestalinnen) nicht zu Erben einsetzen und mit Legaten nur bis zur Hälfte der Erbschaft bedenken, ferner bedarf die Enterbung einer Tochter geringerer Förmlichkeiten als die eines Sohnes (G. 2, 127 ff.).

Diesen privilegia odiosa stehen andererseits privilegia favorabilia gegenüber: Frauen werden beim Eintreten für eine fremde Schuld milder behandelt (SC. Velleianum 46 n. Chr., unten § 44 b 3 β) und bei ihnen wird propter sexus infirmitatem (D. 22, 6, 9, pr.) die ignorantia iuris entschuldigt (unten § 45 b 2).[1])

b. Ehre.

Ehre im subjektiven Sinne (dignitas) ist die einer Person eigene sittliche Würde, im objektiven Sinn (existimatio) die äußere Anerkennung dieser Würde eines Menschen

---

[1]) Schon im justin. R. war die Frau in privatrechtlicher Beziehung dem Manne hinsichtlich der Rechts- (nicht aber auch der Handlungs-) fähigkeit, unten § 44 b 3 fast gleichgestellt. Dies gilt auch für das BGB., das dem bisherigen Recht gegenüber die „Frauenemanzipation" insbesondere dadurch bedeutsam gefördert hat, daß der ehelichen Mutter für den Fall des Nichtbestehens einer Gewalt des Vaters eine dieser fast gleichwertige „elterliche Gewalt" zugewiesen wird (BGB. § 1684). Immerhin nötigt die natürliche Verschiedenheit der beiden Geschlechter auch noch das BGB. zu verschiedenartiger rechtlicher Behandlung, zB. hinsichtlich der Ehemündigkeit (16 und 21 Jahre, § 1303), der Wiederverheiratung (Wartezeit, § 1313), der Führung der elterlichen Gewalt (Beistand für die Mutter, § 1687, keine elterliche Gewalt der wieder heiratenden sowie der unehelichen Mutter, §§ 1697, 1707), der Pflicht zur Übernahme von Vormundschaften (§ 1786).

Die Zurücksetzung der Frauen in öffentlichrechtlicher Hinsicht ist auch im modernen Rechte fast unverändert aufrecht erhalten.

durch die anderen (D. 50, 13, 5, 1: Existimatio est dignitatis inlaesae status, legibus ac moribus comprobatus).

Nach rR. erleidet eine Person beim Vorliegen bestimmter Umstände eine Minderung[2]) der normalen rechtlichen Bewertung (status inlaesae existimationis) und damit auch ihrer Rechtsfähigkeit.

Gründe der Ehrenminderung sind: Rechtssatz und öffentliche Meinung.

1. Ehrenminderung kraft Rechtssatzes.

α. Auf Grund der Erteilung der nota censoria tritt ein die sog. ignominia. Ihre Wirkungen zeigen sich lediglich auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts (S. 77).

β. Auf dem prätorischen Edikt beruht die infamia (oder infamia iuris im Gegensatz zu der unter 2 zu besprechenden infamia facti). Der Prätor erklärt in seinem Edikt (l. 1 D. De his qui notantur infamia 3, 2), daß er Personen, bei denen gewisse Umstände vorliegen, das ius postulandi entziehe, d. h. die Befugnis, persönlich für andere vor Gericht Anträge zu stellen, also als Prozeßbevollmächtigte (patronus, cognitor, procurator) aufzutreten; die so als „infames" gekennzeichneten Personen wurden dann auch noch in anderen Beziehungen in ihrer Rechtsfähigkeit zurückgesetzt.

a. Die infamia iuris tritt ein:

1) entweder unmittelbar (infamia iuris immediata) als Folge einer schimpflichen Lebens- oder Handlungsweise (schimpfliche Entlassung aus dem Kriegsdienst, Auftreten als Schauspieler, Kuppelei, Wiederverheiratung einer Witwe während des Trauerjahrs, gleichzeitige doppelte Ehe oder Verlobung, vor Justinian auch Konkurs außer bei cessio bonorum; C. 2, 11, 11);

2) oder mittelbar (infamia iuris mediata) als Folge einer Verurteilung in bestimmten Prozessen und zwar hat

---

[2]) Von dieser Ehrenminderung ist die consumtio existimationis (D. 50, 13, 5, 3) infolge der capitis diminutio maxima und media zu unterscheiden (S. 204).

nicht nur jede Verurteilung zu einer Leibes- oder Freiheitsstrafe im Strafprozeß[3]) diese Folge, sondern auch die Verurteilung im Civilprozeß wegen eines Privatdelikts (furtum, rapina, iniuria, dolus), sowie in den Fällen der sog. actiones famosae, d. h. dann, wenn es als ein besonderer Vertrauensbruch erscheint, daß der Beklagte erst durch den Richter zur Erfüllung seiner Vertragspflicht angehalten werden muß (actio fiduciae, pro socio, tutelae directa, depositi directa, mandati directa und contraria, D. 3, 2, 6, 5).

b. Die Folgen der Infamie waren:

1) die Entziehung des ius suffragii et honorum; von der lex Iulia municipalis sind diejenigen Teile, die den Ausschluß der Infamen von Ehrenämtern regeln, im Original erhalten (S. 103);

2) die Entziehung des ius postulandi (außer für die nächsten Angehörigen, D. 3, 1, 1, 7 u. 8) und damit auch der Befugnis zur Anstellung von Popularklagen (D. 47, 23, 4), sowie der Befugnis, sich im Prozeß durch einen Bevollmächtigten vertreten zu lassen;

3) nach der lex Iulia de maritandis ordinibus das Verbot einer Ehe mit Freigeborenen.

Die Infamie dauerte, einmal eingetreten, für die Lebenszeit des Betroffenen, während die nota censoria nur für die Amtsdauer des Censors währte, der sie verhängt hatte.

In das justin. R. sind diese besonderen Wirkungen der Infamie nicht übernommen (vgl. wegen des ius postu-

[3]) Infam machte jede Verurteilung im iudicium publicum (S. 181), d. h. wegen eines durch ein Volksgesetz mit Strafe belegten Vergehens, das in republikanischer Zeit durch eine quaestio publica abgeurteilt wurde (das Edikt erwähnt nur die calumnia, wissentlich falsche Anschuldigung und die praevaricatio, absichtliches Handeln im Prozeß zu Gunsten des Gegners — „qui diversam partem adiuvat prodita causa sua", D. 3, 2, 4, 4, zB. Fallenlassen der Anklage, um einen Verbrecher der Strafe zu entziehen), ferner im iudicium extraordinarium wegen furtum, rapina, iniuria, dolus. Durch Abfindung des Geschädigten wurde die infamia nicht vermieden (D. 3, 2, 4, 5).

landi I. 4, 13, 11), sodaß hier die infamia wie die turpitudo (S. 228) nur in der geringeren Bewertung im öffentlichen Leben, bei Beurteilung der Glaubwürdigkeit in Streitfällen usw. praktisch wird. Dagegen sind die Gründe der infamia in das justin. R. übergegangen; liegen sie also vor, so muß der Richter den Betroffenen als infam behandeln, während er bei der turpitudo nicht nur Wirkungen, sondern auch Voraussetzungen nach freiem Ermessen zu beurteilen hat.

γ. Die 12 Tafeln bestimmten: qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fariatur, improbus intestabilisque esto; d. h. wer sich bei einer Manzipation als Zeuge oder libripens zuziehen ließ (S. 153), in einem späteren Prozesse sein Zeugnis jedoch verweigerte, konnte bei Rechtsgeschäften, zu deren Form die Zuziehung von Zeugen (Solennitätszeugen) gehört, insbesondere der Manzipation, weder Zeuge sein noch Zeugen zuziehen, ist also an der Benutzung dieser Rechtsformen, zB. zur Testamentserrichtung, behindert (D. 28, 1, 26).

Nach Fortfall der Rechtsformen des ius civile (S. 160) wurde diese Strafe der sog. Intestabilität unpraktisch; sie wurde jedoch durch einen Senatsschluß zu Sullas lex Cornelia de iniuriis gegen die Verfasser von libelli famosi (D. 28, 1, 18, 1),[4]) durch Gesetze der christlichen Kaiser gegen Apostaten (vom Christentum zum Heidentum Zurückgekehrte) und Ketzer (die orthodoxen Grundsätze verleugnende Christen) angewendet.

2. Kraft der öffentlichen Meinung

tritt eine Ehrenminderung (infamia facti oder turpitudo) ein als Folge einer unehrenhaften Handlungs- oder Lebensweise. Da die Gründe der turpitudo nicht durch

---

[4]) D. h. Schmähschriften, im Mittelalter Pasquille genannt, nach dem „Pasquino", der volkstümlichen Bezeichnung einer verstümmelten Aiasstatue in Rom, die zur Anheftung von Spottgedichten benutzt wurde, ebenso wie der „Marforio" (eine Kolossalstatue des Rheins); vgl. oben S. 174[7].

Rechtssatz ein für allemal bestimmt sind, so entscheidet das richterliche Ermessen im einzelnen Fall, ob jemand als turpis persona zu behandeln sei. Beachtet wird die turpitudo überall da, wo es auf Makellosigkeit der Lebensführung ankommt, zB. bei der Berufung zur Vormundschaft und zu anderen munera publica, bei der Bewertung einer Zeugenaussage (D. 22, 5, 3, pr.). Eine besondere Anwendung (durch Konstantins l. 27 C. 3, 28) fand die turpitudo im Testamentsrecht: die grundsätzlich nicht pflichtteilsberechtigten Geschwister können ein sie übergehendes Testament mit der querela inofficiosi testamenti anfechten, sofern ihnen eine turpis (oder infamis) persona vorgezogen ist[5]).

---

[5]) a. Ob die infamia iuris in Deutschland rezipiert ist, war streitig; erwähnt wird sie in vielen Gesetzen des alten Reichs, so zB. in der Reichsnotariatsordnung von 1512, in welcher Infamen die Fähigkeit zum Notariat abgesprochen wird. Jedenfalls ist die Infamie nicht rezipiert, soweit sie als Folge einer Verurteilung im Civilprozeß auf eine actio famosa eintreten sollte. An die Stelle der infamia iuris immediata trat die deutschrechtliche „Unrühigkeit" infolge unehelicher Geburt oder unehrlichen Gewerbes; vgl. D. § 64 a 5.

Gänzlich beseitigt ist die infamia iuris gemäß § 2 EGStGB. jedenfalls durch das StGB., da dieses die Ehrenstrafen ausschließend regelt. Ein der infamia iuris immediata ähnlicher Zustand, d. h. eine nach Voraussetzungen und Folgen gesetzlich geregelte und als unmittelbare Folge einer Lebens- oder Handlungsweise von selbst eintretende Ehrenminderung ist dem Reichsrecht unbekannt. Alle Ehrenstrafen des StGB. setzen vielmehr eine Verurteilung voraus (infamia iuris mediata). Hierbei ist jedoch zu unterscheiden: die Verurteilung zu Zuchthaus zieht von selbst die dauernde Unfähigkeit zum Militärdienst sowie zur Bekleidung öffentlicher Ämter nach sich (StGB. § 31), während bei allen anderen Verurteilungen eine Entziehung von Ehrenrechten nur infolge einer ausdrücklichen Aberkennung durch das Urteil eintritt (Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte überhaupt oder nur der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter, Stellung unter Polizeiaufsicht, StGB. §§ 32 ff., Aberkennung der Fähigkeit, eidlich als Zeuge oder Sachverständiger vernommen zu werden als Folge der Verurteilung wegen wissentlichen Meineids, StGB. § 161). Bei gewissen Verurteilungen muß die Aberkennung aller oder bestimmter Ehrenrechte erfolgen; so bei wissentlichem Meineid (StGB. § 161), schwerer Kuppelei (§ 181) und gewerbs- und gewohnheitsmäßigem Wucher (§ 302 d und e).

c. Religion.

Bis in die vierte Periode war die private Rechtsfähigkeit von dem als Privatsache behandelten Religionsbekenntnis gänzlich unabhängig. Erst mit der dauernden Anerkennung des Christentums als Staatsreligion wurde die volle Privatrechtsfähigkeit an die Bekennung zum rechten (orthodoxen) katholischen Glauben geknüpft (C. 1, 5, 1).

1. Die Juden waren durch das Verbot der Ehe mit Christen (C. 1, 9, 6) und des Haltens christlicher Sklaven (C. 1, 10, 1) beschränkt und von allen höheren Ämtern ausgeschlossen.

2. Haeretici (Ketzer) und apostatae (vom Christentum Abgefallene) sind intestabiles (S. 227): sie können weder testieren noch aus Testamenten erwerben.

3. Den Heiden, pagani (weil sie meist auf dem Lande wohnten), wurde die Ausübung ihres Kultus bei Todesstrafe und Konfiskation untersagt[6]).

d. Bürgerrecht und Wohnsitz.

Seit der lex Antoniniana de civitate (S. 213) verliert die bisherige Unterscheidung in cives, Latini und peregrini ihre rechtliche Bedeutung; alle freien Reichseinwohner stehen als cives Romani in Ansehung ihrer Rechtsfähigkeit einander gleich. Ihre rechtliche Behandlung wird aber auch

---

b. Was die infamia facti betrifft, so ist das Pflichtteilsrecht der Geschwister bei Einsetzung einer turpis persona in das Gemeine Recht, nicht aber in das BGB. übergegangen. Als Folgen der turpitudo (in Deutschland Verächtlichkeit oder Bescholtenheit genannt) sind zu erwähnen: aus dem BGB. §§ 1568 (ehrloses oder unsittliches Verhalten als Ehescheidungsgrund), 1635, 1666 (Eingreifen des Vormundschaftsrichters bei derartigem Verhalten des Vaters), 2333 (Entziehung des Pflichtteils bei solchem Verhalten).

[6]) Vgl. C. 1, 5: De haereticis et manichaeis et samaritis; 1, 7: De apostatis; 1, 11: De paganis sacrificiis et templis.

Die Zurücksetzung der Nichtkatholiken überdauerte das ganze Mittelalter. Die „Parität" aller christlichen Religionsgemeinschaften ist erst durch den Westfälischen Frieden und die deutsche Bundesakte, die „Emanzipation" der Juden durch das RG. vom 3. Juli 1869 durchgeführt. Vgl. hierüber D. § 27 b 1 β und § 64 a 6.

jetzt noch von zwei örtlichen Umständen beeinflußt: der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Stadtgemeinde (Bürgerrecht) und dem Wohnsitz[7]).

1. Bürgerrecht.

Ganz Italien (S. 80), später das ganze Reich (S. 94), ist in eine Anzahl von civitates oder respublicae, d. h. selbständige juristische Personen öffentlichen Rechts mit eigenen Organen, geteilt. Jede civitas besteht aus einer Stadt mit dem umliegenden Lande.

α. Bürger (municeps i. e. muneris particeps) einer solchen Stadtgemeinde wird man:

a. regelmäßig durch Herkunft (origo, nativitas), d. h. eheliche Kinder werden Bürger in der Stadtgemeinde ihres Vaters, uneheliche Kinder in der ihrer Mutter (D. 50, 1, 1, 2);

b. ferner durch Adoption oder Freilassung seitens eines municeps (D. 50, 1, 15, 3 und 6, 3) sowie durch Aufnahme (allectio, C. 10, 40, 7).

Den Stadtbürgern (cives) stehen diejenigen Stadteinwohner gegenüber, die in einer Stadt oder dem dazu gehörigen Gebiete wohnen, ohne dort das Bürgerrecht zu haben (incolae).

β. Die rechtliche Bedeutung der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Stadtgemeinde zeigt sich:

a. in der Verpflichtung zur Übernahme der städtischen Ämter (munera), besonders in der curia, was wegen der Haftbarkeit der Dekurionen für den Eingang der Steuern unter Umständen zu einer erheblichen Vermögensbelastung führen konnte (S. 90); nur aus bestimmten Gründen trat Befreiung (vacatio, excusatio, immunitas) ein, vgl. D. 50, 5 u. 6, C. 10, 44—64;

---

[7]) Vgl. D. 50, 1: Ad municipalem et de incolis; C. 10, 39: De municipibus et originariis; C. 10, 40: De incolis et ubi quis domicilium habere videtur et his qui studiorum causa in aliena civitate degunt.

b. in der (prozessualen) Unterstellung unter die Gerichtsbarkeit der städtischen Gerichte, d. h. jeder Bürger ist vor den Gerichten seiner civitas Recht zu nehmen verpflichtet, hat dort seinen „Gerichtsstand" (sog. forum originis, D. 50, 1, 29);

c. in der (materiell-rechtlichen) Unterwerfung unter das besondere Recht der Stadtgemeinde (sog. lex originis).

2. Wohnsitz.

α. Wohnsitz (domicilium) ist der Ort, an welchem sich der Mittelpunkt der Lebensverhältnisse einer Person befindet[8]). Der Wohnsitz kann frei gewählt (dom. voluntarium) oder durch Gesetz vorgeschrieben sein (dom. necessarium, z.B. nach BGB. § 9 für Militärpersonen, vgl. D. 50, 1, 23, 1). Gewaltunterworfene Personen teilen den Wohnsitz ihres Gewalthabers (sog. dom. derivativum, abgeleiteter Wohnsitz, vgl. BGB. §§ 10, 11). Jemand kann mehrere Wohnsitze haben (D. 50, 1, 5, BGB. § 7 Abs. 2) oder keinen (sog. vagabundus, D. 50, 1, 27, 2).

β. Die rechtliche Bedeutung des Wohnsitzes zeigt sich in der Unterwerfung unter die Gerichtsbarkeit (forum domicilii, D. 5, 1, 19, 4) und das besondere materielle Recht des Wohnsitzes[9]).

---

[8]) C. 10, 40, 7: In eodem loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit; unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet, unde cum profectus est, peregrinari videtur; quo si rediit, peregrinari iam destitit.

[9]) Für das moderne Recht hat die Zugehörigkeit zu einer Stadt- oder Landgemeinde keine privatrechtliche Bedeutung mehr. Auch der Wohnsitz kommt nur noch als ein die Gerichtsbarkeit begründender Umstand in Betracht (CPO. § 13); dagegen ist nach BGB. für die Anwendung des materiellen Rechts im Fall einer sog. Statutenkollision (S. 32[m]) nicht mehr der Wohnsitz, sondern die Staatsangehörigkeit entscheidend (EGBGB. Art. 7 ff.).

Zweiter Titel. Juristische Personen (BGB. §§ 21—89).

§ 39. Die juristischen Personen.

Das rR. erkennt als rechtsfähige Subjekte außer den natürlichen auch die juristischen Personen an, d. h. gewisse Personenvereinigungen und sonstige Organisationen[1]), nämlich:

a. Körperschaften.

Körperschaft, corpus, collegium, universitas (sc. personarum), im BGB. Verein genannt, ist eine vom

---

[1]) Juristische Personen, d. h. Rechtssubjekte, die nicht Einzelmenschen sind, gibt es solange, als überhaupt rechtliche geordnete Gemeinschaften bestehen. Vor allem konnten Staat und Gemeinde zu allen Zeiten die ihnen zukommenden Aufgaben nur dadurch erfüllen, daß ihnen Rechtsfähigkeit insbesondere auf dem Gebiete des Vermögensrechts zukam. Wurde sonach das Vorhandensein und das Bedürfnis selbständiger, mit eigener Rechtsfähigkeit begabter übermenschlicher Organisationen nie bestritten, so gehört die Frage, wie ihre Rechtsfähigkeit sich juristisch begründen lasse, also die Frage der rechtlichen Konstruktion der juristischen Person, schon seit der Zeit der Glossatoren und noch heute zu den umstrittensten des gesamten bürgerlichen Rechts. Drei Theorieen haben hierbei besondere Bedeutung erlangt. Nach der Fiktionstheorie (Postglossatoren, Savigny) ist die Zuteilung der Rechtspersönlichkeit an eine juristische Person auf die fiktive Behandlung dieser als einer natürlichen zurückzuführen. Die von Brinz aufgestellte Theorie des Zweckvermögens oder der subjektlosen Rechte geht gleich der Fiktionstheorie davon aus, daß Rechtssubjekt nur ein Mensch sein könne (hominum causa omne ius constitutum, D. 1. 5, 2); es sei aber falsch, daß alle Rechte und Verbindlichkeiten notwendig mit einem Rechtssubjekt verknüpft sein müssen, es gäbe vielmehr auch subjektlose Rechte, insbesondere Vermögensmassen, die nicht einem Rechtssubjekt, sondern einem Zwecke dienten und dadurch eine rechtliche Selbständigkeit erhielten. Die herrschende, von den Germanisten begründete Theorie der realen Verbandspersönlichkeit verwirft den Ausgangspunkt der beiden erörterten Theorien, daß nur das einzelne menschliche Individuum Rechtssubjekt sei; sie weist auf die unleugbare Tatsache hin, daß es Verbände gibt, die Träger von Rechten und Verbindlichkeiten sind und ihr Dasein in derselben Weise, wenn auch in anderen Formen, durch Handlungen betätigen, wie die Individuen. Vgl. über alles dieses L. I § 14 a.

Rechte zu einer Einheit zusammengefaßte und als selbständiges Rechtssubjekt behandelte Personenmehrheit. Durch ihre Rechtsfähigkeit unterscheidet sich die universitas streng von der societas, dem vertragsmäßigen Zusammenschlusse bestimmter Teilnehmer zur Erreichung bestimmter Zwecke (unten § 104). Die juristische Person ist ein Rechtssubjekt, die Sozietät ein bloßes Rechtsverhältnis. Zwischenbildungen zwischen der (rechtsfähigen, eigene Organe besitzenden, vom Wechsel ihrer Mitglieder unabhängigen) universitas und der (nicht rechtsfähigen, nicht organisierten und an das Vorhandensein bestimmter Teilnehmer gebundenen) societas sind dem rR. unbekannt[2]).

1. Eine Körperschaft entsteht nach rR. durch den Zusammenschluß mehrerer Personen, sofern dieser in der Absicht erfolgt, hierdurch ein neues, über den Personen der Teilnehmer stehendes Rechtssubjekt ins Leben zu rufen. Ist diese Absicht vorhanden, so ist nach rR. die Vereinigung rechtsfähig, also eine juristische Person, ohne daß es einer „Verleihung der Korporationsrechte" seitens der Staatsgewalt bedürfte[3]). Die Zahl der „Gründer" muß

---

[2]) Wohl aber hat das deutsche und auf ihm fußend das moderne Recht zahlreiche Zwischenbildungen zwischen der juristischen Person und der Gesellschaft geschaffen, nämlich einerseits Körperschaften mit Sonderrechten einzelner Mitglieder (Gemeinheiten), andererseits Gesellschaften mit korporationsartigen Elementen (Gemeinschaften zur gesamten Hand); vgl. D. § 64 d, L. I § 14 b, L. II § 76 c.

[3]) Anfänglich bedurfte die Gründung von Körperschaften sogar nicht einmal polizeilicher Genehmigung. Erst durch die lex Iulia de collegiis (von Cäsar oder Augustus) wurde Genehmigung des Senats (in Form einer Dispensation von dem grundsätzlichen Vereinsverbot: „ex SC. cogere, coire, convenire licet"), später des Kaisers vorgeschrieben (D. 3, 4, 1 pr.) und ein nicht genehmigter Verein (collegium illicitum) für nicht rechtsbeständig erklärt (vgl. D. 47, 22: De collegiis et corporibus). Ein genehmigter Verein (collegium licitum) galt aber ohne weiteres als juristische Person, also als rechtsfähig.

Bei der Rezeption wurde das römische Vereinsrecht nicht mit aufgenommen; nach Gem. R. galt also nach richtiger Meinung das sog. System der freien Körperschaftsbildung, wonach jeder sich als Körperschaft bildende und organisierende Personenverein die Rechts-

— um einen Majoritätsbeschluß zu ermöglichen — mindestens 3 betragen („tres faciunt collegium", nach D. 50, 16, 85); fortbestehen kann das collegium aber (stat nomen universitatis, D. 3, 4, 7, 2), wenn auch nur ein einziges Mitglied vorhanden ist[4]).

2. Die der Körperschaft zukommende Rechtsfähigkeit zeigt sich wesentlich auf dem Gebiete des Vermögensrechts[5]),

---

stellung einer juristischen Person hat, ohne daß es einer Anerkennung oder Verleihung der Korporationsrechte seitens der Regierung bedarf. Partikularrechtlich galt dagegen freilich fast in ganz Deutschland das entgegengesetzte „Konzessionssystem", so auch in Preußen (PrBl. Art. 13). Bei der im 19. Jahrhundert, insbesondere durch den Bau von Eisenbahnen, erfolgten Erhöhung der Zahl großer Erwerbsgesellschaften bedeutete das jedesmalige Angehen der Staatsregierung eine erhebliche Erschwerung und bereits im ADHGB. (1848) wurde daher das System der sog. Normativbestimmungen (für Aktienkommanditgesellschaften, für Aktiengesellschaften erst in der Novelle zum ADHGB. vom 11. Juni 1870) angenommen, nach welchem ein Verein ohne besondere Verleihung rechtsfähig wird, sofern er gewissen, im Gesetze ein für alle Mal aufgestellten Voraussetzungen (also „Normen") entspricht und diese Tatsache durch eine öffentliche Behörde festgestellt ist. Das BGB. hat einen Mittelweg eingeschlagen: für Erwerbsvereine gilt das Konzessionssystem (§ 22), für „ideale Vereine", d. h. solche, „deren Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist", dagegen das System der Normativbestimmungen (Eintragung in ein Vereinsregister nach Prüfung der gesetzlichen Voraussetzungen, §§ 21, 55 ff.).

[4]) Im modernen Recht ist zuweilen eine andere Mindestzahl erforderlich, zB. 5 Gründer für die Aktiengesellschaft (HGB. § 182), 7 für die „eingetragenen Vereine" des BGB. (§ 56) und für die „eingetragene Genossenschaft" (RG. vom 1. Mai 1869 § 4); vgl. L. I § 15 a 1. Sinkt die Mitgliederzahl eines eingetragenen Vereins unter 3, so ist ihm die Rechtsfähigkeit zu entziehen (BGB. § 73).

[5]) Vor allem darin, daß die Körperschaft Rechte und Pflichten, eigenes Vermögen und eigene Schulden (res communes et arca communis, D. 3, 4, 1, 1) haben kann, die die Mitglieder nichts angehen; vgl. die berühmte l. 7 § 1 D. 3, 4: Si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitas singuli debent, und ferner D. 1, 8, 6, 1. Bei der Gesellschaft dagegen knüpfen sich Rechte und Pflichten an die Gesellschafter persönlich. Die Körperschaft als solche kann auch klagen und verklagt werden und wird hierbei durch einen actor oder syndicus vertreten (D. 3, 4, 1, 2; vgl. BGB. § 26 und für nicht rechtsfähige Vereine CPO. §§ 50 Abs. 2, 735).

unterliegt aber auch hier noch besonderen Beschränkungen. Insbesondere können private Korporationen aus Testamenten nur erben, wenn sie hierzu besonders ermächtigt sind (C. 6, 24, 8: Collegium si nullo speciali privilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse, dubium non est).[6])

3. Die privatrechtliche Körperschaft ist nach rR. gleich einem infans oder furiosus nicht handlungsfähig. Die von ihren Organen in ihrem Interesse vorgenommenen Handlungen verbinden an sich nur diese Organe (D. 12, 1, 27) und können nur mittelbar (zB. auf Grund rechtloser Bereicherung) für die Körperschaft von rechtlicher Bedeutung sein. Daher haftet die Körperschaft auch nicht für die Delikte ihrer Angestellten („universitas non delinquit"; vgl. D. 4, 3, 15, 1: quid enim municipes dolo facere possunt).[7])

Die Organe der Körperschaft und ihre Funktionen ergeben sich aus der Körperschaftsverfassung (lex collegii), dem

---

[6]) Dagegen waren der Fiskus von vornherein, die Städte, Kirchen und piae causae nach justin. R. ohne weiteres fähig, aus Testamenten zu erwerben (vgl. D. 38, 3, 1). Nach modernem Recht gilt dies für alle juristischen Personen; dagegen unterstehen aus politischen Gründen die juristischen Personen, insbesondere die Religionsgemeinschaften, hinsichtlich des Erwerbs aus unentgeltlichen Verfügungen sowie des Erwerbs von Grundstücken gewissen Beschränkungen (EGBGB. Art. 86, 87); vgl. über diese sog. Amortisationsgesetze (Beschränkung der „manus mortua", insbesondere der Kirche) D. § 42[3], L. I § 15[5].

[7]) Das moderne Gemeine Recht und ebenso das BGB. hat die das Verkehrsleben gefährdende Anschauung von der Handlungsunfähigkeit juristischer Personen verworfen, was durch die Anerkennung der Zulässigkeit einer unmittelbaren Stellvertretung (unten § 53 a) erleichtert ist. Die Körperschaft, wie jede andere juristische Person, handelt durch ihre Organe in gleicher Weise wie ein Mensch durch Hand oder Mund; vgl. daher BGB. § 31, EGBGB. Art. 77 und L. I § 15 b 2.

Übrigens war die Handlungsunfähigkeit nur der privatrechtlichen Korporationen allgemein anerkannt. Dagegen konnten für den Fiskus von jeher gewisse Organe auch in vermögensrechtlicher Beziehung handeln (S. 77); in D. 4, 2, 9, 3 ist sogar — im Gegensatz zu D. 4, 3, 15, 1 — von einer actio quod metus causa gegen die Stadt Capua (wahrscheinlich auf Grund eines Beschlusses der Dekurionen) die Rede. Über Besitz und Ersitzung der Stadtgemeinden vgl. D. 10, 4, 7, 3 und 41, 2, 1, 22.

„Statut". Man unterscheidet: universitates ordinatae mit verfassungsmäßig bestimmten Organen (Vorstand) und universitates inordinatae ohne solche Organe, bei denen also die Generalversammlung allein die Körperschaft vertritt. Über Mehrheitsbeschlüsse siehe D. 50, 14, 160, 1; vgl. BGB. § 32.

4. Als Arten von Körperschaften sind aus dem rR. zu erwähnen (vgl. D. 3, 4, 1, pr.):

α. Berufsgenossenschaften, zB. die Priesterkollegien (collegia pontificum et augurum, S. 49), die Handwerkerzünfte (corpora pistorum, naviculariorum), die decuriae scribarum;

β. die nach Art unserer Kommanditgesellschaften organisierten societates publicanorum (S. 78[4]);

γ. Vereine mit idealen Tendenzen (sodalitates s. collegia sodalicia), besonders gesellige und politische Klubs und Unterstützungsvereine (zB. collegia funeraticia, d. h. Sterbekassen).

Einzelne dieser Körperschaften genießen besondere Privilegien, so hinsichtlich des Erwerbs von Erbschaften (S. 235).

5. Die Körperschaft erlischt durch Fortfall aller Mitglieder (S. 234, sie ist dagegen von dem Wechsel der Mitglieder unabhängig, D. 3, 4, 7, 2, anders die societas, I. 3, 25, 5), ferner durch Auflösungsbeschluß, durch Entziehung der Rechtsfähigkeit (vgl. BGB. § 41 ff.). Das Vermögen einer erloschenen Körperschaft fällt an die im Statut Bestimmten (vgl. BGB. § 45), sonst grundsätzlich an den Fiskus, bei collegiis illicitis und bei rein vermögensrechtlichen Körperschaften jedoch an die etwa noch vorhandenen Mitglieder (D. 47, 22, 3, pr.).

b. Der Fiskus.

Die größte Körperschaft des rR. war die civitas Romana. Sie gehört aber nicht dem bürgerlichen, sondern dem öffentlichen Recht an und wenn sie auch von Anfang an als vermögens- (insbesondere erb-)fähiges und durch ihre Magistrate handlungsfähiges Rechtssubjekt galt, so unterstand

sie doch in keiner Beziehung den für sonstige universitates geltenden Grundsätzen des bürgerlichen Rechts. Das Staatsvermögen (ager publicus, aerarium, res publicae) stand außerhalb des bürgerlichen Rechtsverkehrs (res extra commercium, unten § 41 a) und die vom Konsul oder Censor (S. 78[4]) für den Staat geschlossenen Verträge (Verkäufe sub hasta oder sub corona, Verpachtungen der Steuern an die Publikanengesellschaften, S. 78[4]) unterstanden besonderen Grundsätzen.

Erst in der Kaiserzeit tritt der Staat, soweit er als vermögensfähiges Subjekt, nicht als Träger von Hoheitsrechten in Betracht kommt (fiscus, S. 87) als eine Anstalt, d. h. als eine selbständige rechtsfähige, öffentliche Einrichtung in die Reihe der dem bürgerlichen Recht unterstehenden juristischen Personen. Er bildet aber nur eine einzige juristische Person[5]), wenngleich er zur Erleichterung der Verwaltung in Ressorts (stationes fisci) eingeteilt ist.

Privilegien des Fiskus (vgl. D. 49, 14, C. 10, 1: De iure fisci; C. 7, 73: De privilegio fisci) sind nach rR.:

1. Fiscus ex suis contractibus usuras non dat, sed ipse accipit (D. 22, 1, 17, 5); unten § 71 a 2 β.

2. Fiscus semper habet ius pignoris (privilegiertes, gesetzliches Pfandrecht, D. 49, 14, 46, 3); § 141 c 2.

3. Fiscus semper solvendo est (keine Kautionspflicht, D. 36, 3, 1, 18).

4. Die Sachen des Fiskus sind unersitzbar (D. 41, 3, 18), unten § 124 c 1 ε; seine Ansprüche verjähren erst in 40 Jahren, seine Steuerforderungen überhaupt nicht (C. 7, 39, 6), unten § 57 a 1.

---

[5]) Das Gegenteil nahm die früher herrschende sog. Pluralitätstheorie auf Grund der l. 1 C. 4, 31 an, wonach gegen die Forderung einer fiskalischen Kasse die Forderung an eine andere fiskalische Kasse nicht aufgerechnet werden kann. Dies ist aber nur eine zur Vermeidung von Verwirrung erlassene Verwaltungsnorm (ebenso BGB. § 395). Den richtigen Grundsatz („Einheitstheorie") zeigt zB. C. 8, 42, 2 (Erlöschen einer Bürgschaft durch Konfusion, falls der Fiskus Gläubiger und Schuldner beerbt, „licet diversis stationibus").

Unrichtig ist der auf D. 49, 14, 10 (non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit) gestützte allgemeine Satz: in dubio contra fiscum; denn jene Stelle bestimmt nach der einen Ansicht nur eine restriktive Auslegung der fiskalischen Privilegien, nach der anderen (Dernburg) nur die Straflosigkeit einer gegen den Fiskus gefällten Entscheidung[9]).

c. Die Gemeinden.

Die Stadtgemeinden (civitates, municipia, coloniae) und Dorfgemeinden (vici) sind schon früher als der Fiskus als juristische Personen auf dem Gebiete des Privatrechts anerkannt worden. Sie haben gleich den Minderjährigen ein Recht auf in integrum restitutio (C. 2, 53, 4).

d. Die Stiftungen.

Stiftung ist eine zur Erreichung gewisser dauernder Zwecke bestimmte Vermögensmasse. Vielfach sind derartige Vermögensmassen einer natürlichen oder juristischen Person angegliedert (unselbständige oder fiduziarische Stiftungen). Nur solche Stiftungen kannte die vorchristliche Zeit, so zB. die Alimentenstiftungen von Nerva und Trajan (zur Erziehung der Kinder armer Eltern), als deren Rechtsträger der Kaiser erschien. Erst in der christlichen Kaiserzeit wurden auch selbständige Stiftungen anerkannt, d. h. Vermögensmassen, die gleich Körperschaften rechtsfähig und organisiert, also juristische Personen waren; ihre Erbfähigkeit bestimmt C. 1, 3, 48. Derartige rechtsfähige

[9]) Das moderne Recht hat die fiskalischen Privilegien sehr gemindert (L. I § 17 a 2); vgl. aber zB. BGB. §§ 45, 88 (Erwerb des Vermögens des aufgelösten Vereins, der erloschenen Stiftung), §§ 928, 981 (Recht auf herrenlose Grundstücke und den Erlös von Fundsachen), 1936, 1942, 1964, 2011, EG. Art. 139 (Erbrecht), EG. Art. 91, 92 (Zahlungen aus öffentlichen Kassen, Hypothekentitel), KO. § 61[2] (Steuerprivileg im Konkurse). Die noch erhaltenen Privilegien stehen aber sowohl dem Reichsfiskus als dem Landesfiskus zu. Ein privilegium odiosum des Fiskus ist die Haftung für Handlungen der Grundbuchbeamten (GBO. § 12), vgl. EG. Art. 77.

Stiftungen gibt es im rR. nur zu frommen Zwecken (piae causae, pia corpora, zB. Kranken-, Waisen-, Erziehungshäuser); sie werden dem Stiftungsstatut gemäß durch administratores (oeconomi) unter Oberaufsicht der Bischöfe verwaltet (C. 1, 3, 45, 3).[10])

Die Stiftung erlischt beim Unmöglichwerden des Stiftungszwecks, insbesondere durch Fortfall des Stiftungsvermögens, und durch staatliche Aufhebung (vgl. BGB. §§ 87 ff.).

e. Die Kirche

tritt seit Konstantin in die Reihe der selbständigen vermögensfähigen Rechtssubjekte ein. Über die Frage, ob diese Rechtsfähigkeit der Gesamtkirche oder den einzelnen Gemeinden zusteht, vgl. D. § 42 a 2. Auch die Kirche war privilegiert (iura minorum, vierzigjährige Verjährung, Formlosigkeit letztwilliger Verfügungen zu ihren Gunsten).[11])

---

[10]) Auch für Stiftungen bedurfte es nach rR. keiner Staatsgenehmigung (C. 1, 3, 24 und 28). Anders nach neuerem Partikularrecht und nach BGB. § 80. Die gemeinrechtlich gelegentlich des Städelschen Testaments (L. I § 16 a 2) viel erörterte Frage, ob eine durch Testament errichtete Stiftung schon hinsichtlich der Zuwendungen dieses Testaments als erbfähig zu erachten sei, ist durch BGB. § 84 bejaht.

[11]) Gemeinrechtlich wurde auch die hereditas iacens, d. h. der Nachlaß zwischen dem Tode des Erblassers und dem — den Eigentumsübergang auf den Erben erst herbeiführenden — Erbschaftsantritt als juristische Person aufgefaßt (vgl. D. 46, 1, 22: hereditas personae vice fungitur sicuti municipium), ebenso das Grundstück, dessen jeweiliger Eigentümer eine Berechtigung hatte (zB. ein Apothekenprivileg), auch das Amt, dessen Inhaber zu einem Genusse (zB. dem mit einer Testamentsvollstreckung verbundenen Honorar) berufen war. Vgl. hierüber L. I § 14[2].

Zweiter Abschnitt. Sachen
(BGB. §§ 90–103).

§ 40. Einteilung der Sachen[1]).

a. Res divini und humani iuris.

Die Sachen im weiteren Sinne (Anm. 2), also die Gegenstände, auf die sich die subjektiven Rechte beziehen (Rechtsobjekte), werden, von verschiedenen Gesichtspunkten aus, verschiedenen Einteilungen unterworfen. Als summa rerum divisio bezeichnet Gajus in seinen Institutionen (D. 1, 8, 1, pr.) die Einteilung in res divini et humani iuris. Zu den res divini iuris gehören die in niemandes Eigentum stehenden (unten § 41 a) res sacrae (Tempel) und res religiosae (Begräbnisplätze), außerdem aber auch die sonstigen durch besondere Strafrechtsnormen geschützten res sanctae (befriedete Sachen, zB. Grenzmauern, Tore, vgl. über die Ableitung von sanctum D. 1, 88, pr.), die zum Teil wenigstens im Privateigentum stehen können. Die res humani iuris sind entweder res publicae und als solche res extra commercium (unten § 41 a) oder res privatae.

b. Res corporales und incorporales.

Als zweite Einteilung der Rechtsobjekte bezeichnet Gajus (D. 1, 8, 1, 1) die in res corporales (quae tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum et denique aliae res innumerabiles) und incorporales (quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae).[2])

---

[1]) I. 2, 1, D. 1, 8: De divisione rerum et qualitate.

[2]) Dem folgend sprach man auch im Gem. R. von „körperlichen Sachen" (Sachen im engeren Sinn) und „unkörperlichen Sachen" (Sachen im weiteren Sinn). Tatsächlich handelt es sich hierbei nicht

c. Res mancipi und nec mancipi.

Diese (von Justinian ausdrücklich aufgehobene, aber schon vorher unpraktische) Einteilung beruht auf der Form, in welcher nach ius civile gewisse Vermögensbestandteile veräußert werden mußten. Die res mancipi (oder mancipii) konnten nämlich nur durch mancipatio, später auch durch in iure cessio, nicht aber durch formlose Übergabe, traditio, zu Eigentum übertragen und, da jene Rechtsakte des ius civile nur römischen Bürgern zugänglich waren (S. 157), von Ausländern nicht erworben werden[3]). Zu den res mancipi zählte das italische Bauerngut mit seinen wesentlichen Pertinenzen. Als solche gelten: der italische Grund und Boden, die Rustikalservituten — iter, actus, via, aquaeductus —, die Sklaven, die Haustiere, welche „collo dorsove domantur", und zwar nach Ansicht der Sabinianer von der Geburt, nach Ansicht der Prokulianer von der Benutzbarkeit an. Als res mancipi wurden hiernach die Vermögensbestandteile angesehen, die für die Höhe des census maßgebend waren und deren Verbleib daher von öffentlichem Interesse war (S. 62[5]).

d. Einheitssache und zusammengesetzte Sache[4]).

Bei der Einheitssache (res unita, zB. einem Wollstoffe) stehen die Bestandteile, aus denen auch sie naturgemäß zu-

---

um eine Einteilung der Rechtsobjekte, sondern um die Sonderung der Vermögensbestandteile in Eigentumsrechte (res corporales) und sonstige Rechte (persönliche und beschränkte dingliche Rechte). Das BGB. hat die praktisch übrigens bedeutungslose Einteilung daher aufgegeben und versteht unter „Sache" (als Unterart des Ausdrucks Gegenstand) nur die körperliche Sache (BGB. § 90).

[3]) Wurde eine res mancipi tradiert, nicht manzipiert, so blieb das civilrechtliche (quiritarische) Eigentum beim Tradenten; über das hierauf beruhende duplex dominium und das bonitarische Eigentum vgl. unten § 120 b 1.

[4]) In l. 30 pr., D. 41, 3 bestimmt Pomponius, der stoischen Lehre folgend, die begrifflichen Unterschiede zwischen Einheitssache, zusammengesetzter Sache und Sachgesamtheit (unten e) wie folgt: Tria genera sunt corporum; unum quod continetur uno spiritu et Graece ἡνωμένον vocatur, ut homo, tignum, lapis et

sammengesetzt ist (die Wollfäden), in einem derart engen Zusammenhange, daß sie für das Recht garnicht mehr in Betracht kommen; bei der zusammengesetzten Sache dagegen (res composita, universitas rerum cohaerentium) stehen die Bestandteile (zB. bei einem Kleide Stoff, Besatz, Futter, Knöpfe) nur in einer loseren Verbindung, dergestalt, daß neben Rechten an der Sache als solcher auch Rechte an den Bestandteilen denkbar sind. Freilich können diese Sonderrechte grundsätzlich erst nach dem Auseinanderfallen der Sache in ihre Bestandteile verwirklicht werden. In vielen Fällen wird der zu einem Bestandteil Berechtigte diese Trennung herbeiführen können[5]); in manchen Fällen ist ihm aber aus Gründen der Rechtspolitik diese Möglichkeit entzogen und er daher auf einen Schadensersatzanspruch beschränkt[6]). Diese Grundsätze haben insbesondere für die Verbindung, Vermischung und Verarbeitung (unten § 125) Bedeutung.

---

similia; alterum quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod συνημμένον vocatur, ut aedificium, navis, armarium; tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura (non) soluta, sed uni nomini subiecta, veluti populus, legio, grex. — „Spiritus" bedeutet die ἕξις der Stoiker, d. h. den Teil der allgemeinen Weltseele (πνεῦμα), welcher die einzelne Sache durchdringt und von anderen unterscheidbar macht.

[5]) Nach rR. konnte der Eigentumsanspruch (die rei vindicatio) nur eine selbständige Sache zum Gegenstande haben. Es konnte also nicht A seinen von B einem Diadem eingefügten Diamanten vindizieren, vielmehr mußte diese Verbindung vorerst gelöst werden. Hierzu diente die actio ad exhibendum, die den Beklagten zwang, die von ihm widerrechtlich einer anderen eingefügte Sache dem Kläger als selbständige vorzuweisen, zu welchem Zweck er die Verbindung lösen mußte; unten § 112.

[6]) Das berühmteste Beispiel ist die schon in den 12 Tafeln anerkannte actio de tigno iuncto. Verbaute jemand in sein Grundstück fremdes Material (zB. einen Balken, tignum), so behielt dessen bisheriger Eigentümer sein Eigentum daran; er war aber, solange das Haus stand, nicht berechtigt, die actio ad exhibendum und somit (Anm. 5) die rei vindicatio anzustellen, sondern konnte nur mit der actio de tigno iuncto eine (persönliche) Schadensersatzklage anstellen (D. 10, 4, 6); vgl. hierüber unten § 125 a 1.

e. Einzelsache und Sachgesamtheit.

Die Einheitssache unterscheidet sich nach dem Vorstehenden nur dadurch von der zusammengesetzten Sache, daß bei dieser, aber nicht bei der Einheitssache, ein Sonderrecht an einem Bestandteile möglich und dessen Loslösung denkbar ist. Aber auch die zusammengesetzte Sache ist, so lange ihre Auflösung in ihre Bestandteile noch nicht erfolgt ist, eine (einheitliche) Sache. Nun können aber auch mehrere selbständige Sachen, ohne zu einer (Einheits- oder zusammengesetzten) Sache zu verschmelzen, zu einander in eine Verbindung treten, mit der Wirkung, daß sie — unter voller Wahrung der Rechtsverhältnisse der einzelnen selbständigen und selbständig bleibenden Sachen — in gewisser Beziehung wie eine einzelne Sache behandelt werden. Es handelt sich hierbei zunächst um eine bloß begriffliche Zusammenfassung mehrerer Sachen unter einem gemeinsamen Namen (Herde, Warenlager, Bibliothek). Die Römer sprechen hierbei von corpus ex distantibus, die Neueren von universitas facti (Sachgesamtheit, im Gegensatz zur universitas iuris, der Rechtsgesamtheit, unten f) oder von universitas rerum distantium (im Gegensatz zur universitas rerum cohaerentium, oben d). Es fragt sich, ob diese Zusammenfassung mehrerer selbständiger Sachen unter einen Begriff eine rechtliche Bedeutung hat, dergestalt, daß die Sachgesamtheit als ein einheitliches Rechtsobjekt mit einheitlichen rechtlichen Schicksalen zu behandeln ist, und die Einzelsachen gewissermaßen zu bloßen Bestandteilen der Sachgesamtheit herabgedrückt werden. Dies ist zu verneinen. Die röm. Quellen erklären zwar eine vindicatio gregis für zulässig, d. h. eine Eigentumsklage, bei welcher der Kläger eine Herde, nicht die einzelnen sie bildenden Stücke herausverlangt und mit welcher er durchdringen soll, wenn er sein Eigentum an der Herde als solcher erweist, auch wenn nicht alle dazu gerechneten Tiere ihm gehören (D. 6, 1, 1, 3: gregem sufficiet ipsum nostrum esse, licet singula capita nostra non sint: grex enim, non singula corpora vindicabuntur). Hierbei handelt es sich aber nur um eine prozessuale Erleichterung für den Kläger (D. 6, 1, 6), ins-

besondere zu dem Zweck, ihn vor der Gefahr der Abweisung wegen Zuvielforderung (plus petitio re) zu bewahren[7]). Vielmehr ist der umgekehrte Grundsatz, daß die Sachgesamtheit eine nur mit einem gemeinsamen Namen zusammengefaßte Vereinigung mehrerer selbständiger Sachen ist, deren jede ihre besonderen Rechtsschicksale hat, in D. 41, 3, 30, 2 ausdrücklich ausgesprochen: es gibt keine Ersitzung an einer Sachgesamtheit, sondern nur eine solche an den einzelnen Sachen und durch die Einfügung einer Einzelsache in eine schon vorhandene Sachgesamtheit wird in den Rechtsverhältnissen jener Sache nicht das geringste geändert (singulae oves suam causam habent).

Immerhin hat der Begriff der Sachgesamtheit insofern auch für den Rechtsverkehr Bedeutung, als man die letztere als solche zum Gegenstand von Rechtsgeschäften machen kann, man spricht von Verkauf oder Verpfändung eines Warenlagers, vom Nießbrauch an einer Herde usw. (D. 7, 1, 70, 3), während man die Gesamtheit der einzelnen in diesem Inbegriff enthaltenen Gegenstände meint. Hierbei ist bei solchen Sachgesamtheiten, die ihrer Bestimmung nach einem gewissen Ab- und Zugang einzelner Stücke unterliegen (Warenlager, Bibliothek, Herde) als Meinung der Beteiligten zu unterstellen, daß die infolge eines solchen natürlichen Wechsels ausscheidenden Stücke frei werden, die neu hinzukommenden dagegen in das betreffende Rechtsverhältnis eintreten (D. 30, 22).[8])

---

[7]) Hätte die intentio der Klageformel nicht gelautet „gregem meam esse", sondern hätte der Kläger die von ihm herausverlangten Viehstücke einzeln bezeichnen müssen, so hätte er nach klassischem Prozeßrecht abgewiesen werden müssen, wenn auch nur ein Stück ihm nicht gehörte. Daß die vindicatio gregis in Wahrheit nur als Klage auf Herausgabe der dem Vindikanten gehörenden Stücke aufzufassen ist, ergibt sich einmal daraus, daß er die ihm nicht gehörenden Stücke der Herde nicht erhält (D. 6, 1, 2), andererseits daraus, daß, wenn er mit der vindicatio gregis abgewiesen ist, seiner erneuten Klage auf Herausgabe einzelner Stücke die exceptio rei iudicatae (unten § 64 b 1) entgegensteht.

[8]) Auch das BGB. verwirft den, in den §§ 92, 1035 erwähnten, Begriff der Sachgesamtheit als einer rechtlich als Einheit zu

f. Sachgesamtheit und Rechtsgesamtheit.

Im Gemeinen Rechte stellte man (der Glosse „non utetur" zu D. 15, 2, 1, 8 folgend, welche der universitas corporea eine universitas incorporea, in qua actiones continentur gegenüberstellte) neben den Begriff der Sachgesamtheit, der universitas facti, den Begriff der Rechtsgesamtheit, der universitas iuris. Man verstand hierunter einen Inbegriff nicht von (körperlichen) Sachen, wie bei der Sachgesamtheit, sondern von körperlichen und unkörperlichen Vermögensbestandteilen, also das Vermögen einer Person als solches und gewisse zu einer Einheit zusammengefaßte und mit einem einheitlichen Namen bezeichnete Vermögensteile (Sondervermögen). Hierzu rechnete man aus dem rR. die hereditas (D. 5, 3, 20, 10), die dos (D. 33, 4, 1, 4) und das peculium (D. 15, 1, 40: Peculium nascitur crescit decrescit moritur et ideo eleganter Papirius Fronto dicebat peculium simile esse homini); aus dem neueren Rechte das Handelsvermögen, die fortune de mer (Schiffsvermögen eines Rheders), das Lehns- und Fideikommißvermögen.

Wie bei der universitas facti ist für das Gem. R. streitig, ob die universitas iuris lediglich eine dem praktischen Bedürfnis dienende Zusammenfassung bestimmter Vermögensbestandteile durch eine einheitliche Bezeichnung ist, oder ob diese Zusammenfassung auch eine rechtliche Bedeutung hat, insbesondere ob die zur universitas iuris gehörenden Gegenstände als Einheit besondere Rechtsschicksale haben können.

Als Sonderrechtssätze für die universitas iuris bezeichnet man in der Regel:

---

behandelnden Sache, indem es als Sache nur die einzelne körperliche Sache behandelt (§ 90, S. 241[1]); immerhin ist auch im BGB. die Möglichkeit eines Rechtsgeschäfts über einen „Inbegriff von Sachen", sowie die Einflußlosigkeit des Ausscheidens oder Eintretens einzelner der hierunter begriffenen Sachen anerkannt; vgl. zB. § 560 Abs. 2 (kein Widerspruchsrecht des Vermieters, zB. eines Ladens, gegen die Entfernung einzelner Gegenstände des Warenlagers); vgl. §§ 588, 589, 1048 (Inventar).

1. die Zulässigkeit einer dinglichen Universalklage (hereditatis petitio, D. 5, 3, 4, actio rei uxoriae und actio de peculio) zum Schutze der Gesamtheit der in der universitas enthaltenen Vermögensbestandteile, sodaß deren Aufzählung im Klageantrage sich erübrige; und

2. die Geltung des Grundsatzes „res succedit in locum pretii et pretium in locum rei" oder allgemeiner „surrogatum sapit naturam eius cui surrogatur", wonach der Erlös körperlicher Sachen und die als Ersatz für die zur universitas gehörigen und veräußerten oder beschädigten Vermögensbestandteile erworbenen Sachen von selbst in die universitas eintreten sollen, so bei dem Nießbrauch an einem Vermögen, an einer Herde (I. 2, 1, 38).

Heute ist man sich einig, daß sowohl das Gesamtvermögen als auch gewisse Sondermögen in einzelnen Beziehungen als Gesamtheit in den Rechtsverkehr eintreten (BGB. §§ 311, 419, 1085 ff., 2371 ff., HGB. § 25), daß aber diese Fälle nicht gemeinschaftlichen, dem Begriffe der universitas iuris entspringenden, sondern besonderen Grundsätzen unterliegen, die sich aus der Natur jedes einzelnen dieser Rechtsverhältnisse ergeben.

g. Hauptsache und Nebensache.

Unter d, e, f ist im vorstehenden die Vereinigung mehrerer Sachen unter dem Gesichtspunkte der Gleichwertigkeit (Koordination) besprochen. Sie kann aber auch unter dem der Unterordnung (Subordination) erfolgen, dergestalt, daß in der Verbindung die eine Sache als Hauptsache, die andere als Nebensache erscheint. In den Quellen wird mit dem Ausdrucke accessio eine Reihe verschiedenartiger Rechtsbeziehungen bezeichnet, die nur das eine Gemeinsame haben, daß ein Unterordnungsverhältnis stattfindet. Hierzu gehören Pertinenzen (unten 1) und Früchte (unten 2), ferner der partus ancillae und der Schatz (unten § 128 b) im Verhältnisse zur Hauptsache, gewisse natürliche Grundstücksvermehrungen (alluvio, avulsio, alveus derelictus, insula in flumine nata, unten

§ 125 a 1) im Verhältnisse zum Hauptgrundstücke, gewisse Nebenrechte (sog. accessorische Rechte: Zinsen, Pfand, Bürgschaft) im Verhältnisse zum Hauptrechte.

Die Einteilung in Hauptsache und Nebensache hat keine praktische Bedeutung; denn die vorstehend als Nebensachen oder Nebenrechte aufgeführten Gegenstände unterstehen als solche nicht in einem Maße gemeinsamen Rechtsregeln, das ihre Zusammenfassung zu einem einheitlichen Begriffe rechtfertigen könnte. Der einzige für alle diese Verhältnisse zutreffende Satz ist bestenfalls der Grundsatz „accessio cedit principali", d. h. die Nebensache oder das Nebenrecht teilt das rechtliche Schicksal der Hauptsache oder des Hauptrechts. Aber auch dieser Satz hat bei den einzelnen Rechtsgebilden eine ganz verschiedene Bedeutung.

An dieser Stelle ist nur das Verhältnis des Zubehörs und der Früchte zur Hauptsache zu erörtern.

1. Zubehör.

α. Begriff.

Zubehör oder Pertinenz (die Römer sagen mangels eines technischen Ausdrucks quasi pars, res fundi usw.) sind nach rR. selbständige Sachen, die nach der Verkehrsanschauung dem wirtschaftlichen Zweck einer anderen Sache (der Hauptsache) zu dienen bestimmt sind und zu ihr in einem dieser Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnisse stehen. Begriffsmerkmale der Pertinenz sind hiernach nach rR.[2]):

---

[2]) Das BGB., dessen § 97 die obige Begriffsbestimmung entnommen ist, beschränkt den Begriff des Zubehörs auf bewegliche (körperliche) Sachen. Für das Gemeine Recht war es streitig, ob auch unbewegliche Sachen Zubehör sein können (vgl. D. 32, 91, 5). Pertinenzen haben können natürlich nach allen Rechten sowohl bewegliche als unbewegliche Sachen.

Streitig war ferner nach Gemeinem Recht, ob Rechte Zubehör sein und Zubehör haben können (vgl. D. 8, 5, 20, 1). Nach BGB. § 94 können nur Sachen (d. h. nach der Ausdrucksweise des BGB. körperliche Sachen, S. 241[1]) im Verhältnisse von Hauptsache und Zubehör zu einander stehen.

a. Selbständigkeit der dienenden Sache. Dadurch unterscheidet sich das Pertinenzstück vom Bestandteil; der Brillant ist Bestandteil, das Futteral Zubehör des Ringes.

b. Wirtschaftliche Abhängigkeit von einer anderen Sache. Dieses Subordinationsverhältnis gibt das Unterscheidungsmerkmal zur Sachgesamtheit. Aus diesem Begriffsmerkmal ergibt sich ferner, daß die Verbindung nicht nur beabsichtigt, sondern bereits hergestellt sein muß (keine Pertinenzqualität angefahrener, aber noch nicht verwendeter Rebpfähle oder Baumaterialien, D. 19, 1, 17, 11 und 18, 1), und zwar als dauernde (perpetui usus causa, D. 19, 1, 17, 7). Eine nur vorübergehende (Errichtung von Buden für ein Schützenfest) oder den persönlichen Bedürfnissen des jeweiligen Besitzers der Hauptsache dienende Verbindung (Sattelzeug eines Pferdes) begründet also nicht die Zubehöreigenschaft. Eine nur vorübergehende Trennung hebt andererseits die Pertinenzqualität nicht auf[10]).

c. Ein den beiden vorgenannten Erfordernissen entsprechender Gegenstand ist endlich nur Zubehör, wenn dies der Verkehrsanschauung entspricht. Diese ist in fortwährendem Wechsel begriffen und von gewerblichen, örtlichen, klimatischen Einflüssen abhängig. Daher stimmen die in den römischen Quellen gegebenen Entscheidungen (zB. D. 19, 1, 17) mit den heutigen Anschauungen nicht überein. So sollen zB. Schiffsboote nicht Zubehör des Schiffes (nam scapham ipsam per se parvam naviculam esse, D. 21, 2, 44), das Gutsinventar (instrumentum fundi) nicht Zubehör des Landguts sein (D. 33, 7, 1; 33, 10, 14), während heute HGB. § 478 und BGB. § 98[2] ausdrücklich das Gegenteil bestimmen.

---

[10]) Nicht erforderlich ist eine äußerliche Verbindung, es genügt die Herstellung eines räumlichen Verhältnisses. Zahlreiche freibewegliche Sachen sind Zubehörstücke anderer (Hausschlüssel, Vorsatzfenster, Feuereimer, Ackerwagen, die „ruta [et] caesa" des rR., D. 18, 1, 66, 2; 19, 1, 17, 6). Die früher aufgestellte Vermutung, nach welcher als Zubehör eines Grundstücks alles gelten solle, was „erd-, wand-, band-, mauer-, niet- und nagelfest" ist, ist in das BGB. nicht übergegangen.

β. Rechtliche Bedeutung.

Die rechtliche Bedeutung der Entscheidung, ob eine mit einer anderen Sache in Verbindung stehende Sache mit ihr eine Sachgesamtheit bildet, oder ihr Bestandteil oder ihr Zubehörstück ist, wird durch den Grundsatz zum Ausdrucke gebracht: bei der Sachgesamtheit hat jede Sache ihr eigenes Rechtsschicksal (S. 243), Bestandteile teilen notwendig das Rechtsschicksal der Sache (S. 242), Zubehörstücke folgen nur vermutlich dem Rechtsschicksale der Hauptsache. Insbesondere ist ein Rechtsgeschäft (Veräußerung, Verpfändung) über einen Bestandteil — wenn es nicht unter der Voraussetzung seiner Verselbständigung (zB. Loslösung eines Diamanten aus einem Diadem) erfolgt — unzulässig, ein Rechtsgeschäft über ein Zubehörstück zulässig. Wird ein Rechtsgeschäft umgekehrt über eine Sache abgeschlossen, so gilt es notwendig als über alle ihre Bestandteile geschlossen (es kann also nicht ein Diadem verpfändet werden mit der Abrede, daß bestimmte Steine nicht haften sollen); wohl aber ist ein Rechtsgeschäft nur über die Hauptsache ohne deren Zubehörstücke zulässig, wenngleich „im Zweifel", also mangels ersichtlicher anderweiter Absicht der Beteiligten das Gegenteil gelten muß[11]).

2. Substanz und Frucht.

α. Begriff.

Frucht ist der wirtschaftliche Vorteil, der aus einem Vermögensstücke (Substanz, res, bei Forderungen: Kapital,

[11]) Das BGB. hat den Grundsatz der zwar nicht notwendigen, aber zu vermutenden Teilnahme der Pertinenz am Schicksal der Hauptsache nicht bloß für die Rechtsgeschäfte (zB. §§ 314, 498, 1265, 2164) sondern auch insofern anerkannt, als die beweglichen Zubehörstücke eines Grundstücks in vielen Beziehungen wie unbewegliche Sachen behandelt werden (zB. § 926: bei der Auflassung eines Grundstücks wird — ohne die sonst bei Mobilien erforderliche Übergabe — auch das Eigentum der dem Veräußerer gehörenden beweglichen Pertinenzen erworben). Bewegliche Sachen unterliegen ferner als Zubehör mit dem Grundstück der hypothekarischen Haftung (§§ 1120, 1135).

sors) seiner Bestimmung gemäß gewonnen wird. Hieraus ergeben sich als Begriffsmerkmale:

a. Frucht ist der aus einem Gegenstande (Sache oder Recht) gezogene Vorteil. Das bedeutet:

Frucht ist der Ertrag (reditus) eines Vermögensstücks[12]), somit nur, was bei Fortbestehen des letzteren (salva substantia), also dauernd aus diesem gewonnen wird[13]). Dazu gehören in erster Linie die natürlichen Erzeugnisse einer fruchttragenden Sache (gemeinrechtlich sog. fructus naturales, mit den Unterarten der fructus mere naturales, zB. Waldbeeren, Pilze, Tierjunge, und der fructus industriales, durch menschliche Arbeit hervorgebrachte, zB. Getreide). Ein fruchttragender Gegenstand kann aber nicht nur durch unmittelbare Gewinnung seiner Erzeugnisse, sondern auch mittelbar dadurch einen Ertrag liefern, daß seine Früchte einem Anderen zur Gewinnung überlassen werden, der dafür an den Fruchtberechtigten einen Entgelt gewährt. Dann ist dieser von dem Gegenstande vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährte Ertrag im weiteren Sinne ebenfalls Frucht (gemeinr. sog. fructus civiles, die

---

[12]) Danach ist der Gebrauch einer Sache oder eines Rechts keine Frucht; er bildet aber gleich den Früchten einen wirtschaftlichen Vorteil. Die Früchte eines Vermögensstücks und die Vorteile, die sein Gebrauch gewährt, sind im BGB. § 100 unter dem Begriff Nutzungen zusammengefaßt.

[13]) Somit ist das Fleisch keine Frucht des geschlachteten Tiers, das Holz keine Frucht des gefällten Baums. Demnach müßte auch die Ausbeute eines Kohlenbergwerks, Steinbruchs, Torfstichs usw. keine Frucht sein, denn durch den Abbau wird die Substanz stetig vermindert und allmählich aufgezehrt. Tatsächlich geht die (wegen des angeblich möglichen Nachwachsens des Marmors merkwürdige) l. 7 § 13 D. 24, 3 von dieser Anschauung aus: nec in fructu est marmor, nisi tale sit, ut ibi renascatur. Dagegen heißt es in l. 77 D. 50 16: Frugem pro reditu appellari, non solum [quod] frumentis aut leguminibus, verum et ex vino, silvis caeduis, cretifodinis, lapidicinis capitur. Der letzteren Anschauung, die wegen der regelmäßig kaum zu merkenden Verminderung die Ausbeute für Frucht erklärt, folgt mit der herrschenden Meinung des Gem. R. auch das BGB. Denn nach § 99 Abs. 2 gelten als Früchte eines Rechts auf Gewinnung von Bodenbestandteilen diese selbst.

Quellen sagen: „vicem fructuum obtinent", „pro fructu", D. 22, 1, 34 und 36). Manche Gegenstände können sowohl fructus naturales wie civiles liefern, so ein Obstgarten (durch Einerntung der Früchte oder durch Verpachtung), andere nur fructus civiles (zB. ein Kapital durch Ausleihen gegen Zinsen).

b. Frucht ist nur der aus einem Vermögensstücke bestimmungsgemäß erlangte Vorteil (id, cuius causa res comparatur). Dazu zählten die Römer die Tierjungen, nicht aber den partus ancillae (quia non temere ancillae eius rei causa comparantur, ut pariant, D. 5, 3, 27, pr.) und von den Früchten nur die im Wege einer ordnungsmäßigen Wirtschaft erworbenen, also zB. bei einem Walde die schlagbaren Bäume (silva caedua), nicht aber den Windbruch (D. 24, 3, 7, 12; anders BGB. § 99, vgl. § 1039).

β. Rechtliche Bedeutung.

Die Bedeutung der Frage, welche Erträgnisse eines Vermögensstücks als Früchte zu kennzeichnen sind, zeigt sich vor allem dann, wenn das Recht auf die Substanz von dem Rechte auf deren Erträgnisse getrennt ist, zB. wenn jemand an der Sache eines Anderen auf Grund eines Nießbrauchs oder antichretischen Pfandrechts, als Ehemann oder Hausvater den Fruchtbezug hat. Es fragt sich alsdann, welche Vorteile dem Eigentümer und welche dem Nutzungsberechtigten zustehen. Hierbei kommt es vielfach auf den Entwickelungsabschnitt an, in dem sich die Früchte befinden, und es werden üblicher Weise bezeichnet als:

a. fructus stantes et pendentes diejenigen (natürlichen) Früchte, die mit dem Stamme noch zusammenhängen,

b. fructus separati die vom Stamme getrennten,

c. fructus percepti die in die Innehabung des Fruchtziehers gelangten,

d. fructus percipiendi (in den Quellen fructus, qui percipi potuerunt) die gewinnbaren, d. h. diejenigen,

welche jemand hätte ziehen können, aber zu ziehen versäumt hat,

e. fructus consumti die vom Fruchtzieher in Besitz genommenen, aber verbrauchten oder veräußerten,

f. fructus exstantes die bei ihm noch vorhandenen Früchte.

Diese Unterscheidungen werden insbesondere dann bedeutungsvoll, wenn die Berechtigung zum Fruchtbezug sich ändert, zB. das Nießbrauchsrecht erlischt und an den Eigentümer der Fruchtsache zurückfällt oder wenn ein Nichtberechtigter Früchte bezogen hat. Es fragt sich dann, was er behalten darf und was er herausgeben muß. Dies richtet sich nach der Natur des einzelnen Rechtsverhältnisses (vgl. zB. über die Auseinandersetzung zwischen Eigentümer und Besitzer unten § 129 d 2). Allgemein zu entscheiden ist nur, von welchem Augenblick ab ein Erträgnis als Frucht zu betrachten ist und wie lange es noch Substanzteil ist, zB. wenn das Fruchtbezugsrecht an einem Obstgarten kurz vor der Aberntung, das Zinsrecht kurz vor dem Fälligkeitstage der Zinsen endet. Hierbei gilt nach rR. für die fructus stantes et pendentes das Substantialprinzip: die Erzeugnisse sind bis zur Trennung Substanzteile, und als solche (S. 243) selbständiger dinglicher Rechtsschicksale unfähig. Werden sie veräußert (D. 18, 1, 8) oder verpfändet (D. 20, 1, 15, pr.), so treten die Grundsätze über den Verkauf (§ 87 a 1 δ) oder die Verpfändung (§ 142 a) künftiger Sachen ein und der Berechtigte erhält zunächst kein dingliches, sondern nur ein persönliches Recht gegen die Vertragsgegner. Erst mit der Trennung werden die Erzeugnisse selbständige Sachen, erst von dann an sind also besondere dingliche Rechte an ihnen möglich und sie fallen demjenigen zu, der im Augenblicke der Trennung das Fruchtziehungsrecht hat. Das deutsche Recht dagegen beruht auf dem Produktionsprinzip: die hängenden und stehenden Früchte gebühren schon von ihrem Hervortreten an dem zu dieser Zeit Nutzungsberechtigten („Wer säet, der mähet", „Hat die Egge das Land bestrichen, so ist die Saat verdient"), und schon von diesem Augenblick an sind selbständige

dingliche Rechte an ihnen möglich (Verkauf und Verpfändung der „Früchte auf dem Halm"). [14])

§ 41. Rechtserhebliche Eigenschaften der Sachen.

a. Verkehrsfähigkeit.

Die Gegenstände (Sachen und Rechte) haben die Bestimmung, der Befriedigung menschlicher Bedürfnisse zu dienen. Sie erfüllen diese Bestimmung regelmäßig [1]) einem gewissen Rechtssubjekte gegenüber, unter dessen Sonderherrschaft (patrimonium, I. 2, 1, pr.) sie treten. Sie sind ferner in der Regel befähigt, Objekte des Güteraustausches zu werden. Ihnen wohnt also grundsätzlich inne die (objektive) Rechtsfähigkeit, d. h. die Fähigkeit, Gegenstand subjektiver Rechte zu sein, und die Verkehrsfähigkeit, d. h. die Fähigkeit Gegenstand des Güterverkehrs zu werden. Bestimmten Gegenständen ist nun aber die Rechts- und Verkehrsfähigkeit und damit die Eigenschaft, wirtschaftliche Güter zu sein, in höherem oder geringerem Maße entzogen (res quarum commercium non est, I. 2, 20, 4, daher: res extra commercium). Diese Rechts- und Verkehrsunfähigkeit der Gegenstände kann beruhen: auf ihrer Natur oder auf ihrer Zweckbestimmung oder auf Rechtssatz.

1. Von Natur rechts- und daher völlig verkehrsunfähig sind die von der Natur zum allgemeinen Gebrauche

---

[14]) Ändert sich also im Juni das Fruchtbezugsrecht an einem Getreidefelde, so konnte nach deutschem Recht der Fruchtberechtigte die Früchte noch einernten, während er sie nach rR. dem Eigentümer oder dem an seine Stelle tretenden Fruchtberechtigten überlassen mußte. Das BGB. folgt für die natürlichen Früchte dem rR. (§§ 101[1], 953 ff., vgl. jedoch §§ 592, 998, 1055, Kostenerstattung), für die Civilfrüchte (§ 101[2]) entscheidet die Dauer der Berechtigung.

[1]) Gegenstände, die ohne Beziehung zu einem Berechtigten sind, heißen res nullius, im engeren Sinne aber nur solche, die obgleich der Rechts- und Verkehrsfähigkeit teilhaftig, in derartige Beziehungen noch nicht eingetreten sind (okkupationsfähige, aber noch nicht okkupierte Gegenstände, zB. Wild, Fische) oder solche Gegenstände, welche die bisherigen Rechtsbeziehungen ohne Begründung neuer eingebüßt haben (derelinquierte Gegenstände); vgl. unten § 127.

bestimmten Sachen (res naturali iure omnium communes), nämlich nach römischer und moderner Auffassung (D. 1, 8, 2, 1): aer (die atmosphärische Luft), aqua profluens (die fließende Wasserwelle) et mare et per hoc litora maris (das Meer und seine Gestade und zwar letztere „quatenus hibernus fluctus maximus excurrit", I. 2, 1, 3, vgl. D. 50, 16, 96). Durch Ausscheidung können jedoch bestimmte Teile in das Privateigentum treten; vgl. zB. über das Bauen am Gestade: D. 1, 8, 6, pr.; 41, 1, 14, pr.; 43, 8, 4.

Kein Gegenstand des Rechtsverkehrs ist ferner der freie Mensch (I. 3, 19, 2; D. 18, 1, 6, pr. und 45, 1, 83, 5), auch nicht sein Körper (D. 9, 2, 13, pr.: dominus membrorum suorum nemo videtur).

2. Kraft Zweckbestimmung sind nach rR. verkehrsunfähig:

α. die res divini iuris (S. 240, D. 1, 8, 1, pr.), nämlich die (den diis superis gewidmeten) res sacrae (Tempel, Altäre) und die (den diis manibus geweihten) res religiosae (Begräbnisplätze, soweit sie mit Leichen belegt sind); sie können nicht einmal unter der Bedingung des Aufhörens ihrer Bestimmung in den Rechtsverkehr gezogen werden (nec enim fas est, eius modi casus expectare, D. 18, 1, 34, 2);[2]) die Verletzung der res divini iuris wird als sacrilegium bestraft (S. 179);

β. die res publicae, d. h. die der res publica Romana, später auch den sonstigen politischen Verbänden gehörenden Gegenstände, von denen aber seit der Kaiserzeit nur die Sachen im Gemeingebrauch (res publicae, publico usui destinatae), zB. öffentliche Wege und Flüsse[3]), Theater und Hallen dem Verkehr entzogen sind,

---

[2]) Das moderne Recht erkennt diese Sätze nur in sehr beschränktem Maße an (Erbbegräbnis, Eigentum der Kirchengemeinden an den Kirchen oder Friedhöfen).

[3]) Dagegen stehen private Wege und Wasserläufe wie sonstige Sachen im Verkehr. Das hiernach bedeutsame Unterscheidungsmerkmal

nicht aber das den Begriff des Fiskus ausmachende nutzbare Staatsvermögen (res quae in pecunia populi sunt, Waldungen, Bergwerke, Grundstücke), dem in den kleinen politischen Verbänden (Städten, Gemeinden) das Kämmereigut entspricht.

Die dem Gemeingebrauch unterworfenen Sachen waren in Rom gegen Beeinträchtigung dieses Gebrauchs durch verschiedene Rechtsbehelfe (regelmäßig Interdikte) geschützt, die meist Popularklagen, d. h. von jedem Bürger anstellbar waren; vgl. D. 43, 7—15, zB. 43, 8 (interdictum) Ne quid in loco publico vel itinere fiat. Der in seinem Recht auf den Gemeingebrauch Gestörte hatte außerdem die actio iniuriarum (unten § 114 b 4). Heute wird hierfür durch die Polizei gesorgt (vgl. StGB. § 366 Nr. 2—5, 8—10).

3. Kraft Gesetzes sind in der Verkehrsfähigkeit zB. beschränkt: die res furtivae et vi possessae (sie sind unersitzbar, unten § 124 c 1); die res und actiones liti-

---

zwischen öffentlichen und privaten Wegen und Wasserläufen findet das rR.:

a. hinsichtlich der Wege darin, ob der Grund und Boden dem Staat oder einem Privatmanne gehört (D. 43, 8, 2, 21), während das moderne Recht danach unterscheidet, ob ein Weg dem öffentlichen Gebrauch oder dem ausschließlichen Gebrauch bestimmter Berechtigter dient;

b. hinsichtlich der Gewässer darin, ob sie ständig Wasser haben (öffentlich ist ein flumen quod perenne est, D. 43, 12, 1, 3) oder nicht (flumina torrentia), während das der deutschen Anschauung folgende moderne Recht weniger auf die — für Italien besonders wichtige — Verwendung eines Wasserlaufs für Bewässerungszwecke, sondern darauf sieht, ob er als Verkehrsweg verwendbar ist. Als öffentlich gelten also nur die schiff- und flößbaren Flüsse.

Unter den öffentlichen Wegen unterscheidet das rR. die Heerstraßen (viae militares exitum ad mare aut in urbes aut in flumina publica aut ad aliam viam militarem habent, D. 43, 7, 3, 1), also die großen Durchgangsstraßen (im Sachsenspiegel „Königsstraßen") und die viae vicinales, die bloßen Verbindungswege zwischen benachbarten Gemeinden.

Für die öffentlichen Flüsse gelten noch besondere Grundsätze hinsichtlich der Veränderungen in und am Flußbette (alluvio, avulsio, alveus derelictus, insula in flumine nata, unten § 125 a 1 γ).

giosae (sie sind während der Rechtshängigkeit unveräußerlich, unten § 63[10]); Gifte und verbotene Bücher (mala medicamenta et venena, libri improbatae lectionis, magici forte, D. 10, 2, 4, 1; sie sind vom Rechtsverkehr ausgeschlossen).

b. Beweglichkeit.

1. Eine (körperliche) Sache ist beweglich (Mobilie), wenn sie ohne Änderung ihres Wesens einem Ortswechsel unterworfen werden kann, unbeweglich (Immobilie), wenn dies nicht möglich ist.

Unbeweglich sind vor allem die Grundstücke (fundi, praedia) und was mit ihnen dauernd verbunden ist (solum et res soli; superficies — d. h. das Gebäude — solo cedit). Sie werden einschließlich des Luftraums über und des Erdreichs unter der Grundstücksfläche von den Römern nach ihrer wirtschaftlichen Bestimmung (nicht nach ihrer Lage, D. 50, 16, 198) geschieden in: praedia urbana, Gebäudegrundstücke (zB. auch eine Villa in einem Dorfe), rustica (ländliche Grundstücke, zB. auch ein in der Stadt belegener Obstgarten), suburbana, zur Landwirtschaft benutzte, aber in der Nähe einer Stadt belegene Grundstücke. Ein Hausgrundstück in der Stadt heißt aedes, auf dem Lande villa, ein unbebautes Grundstück dort area, hier ager (D. 50, 16, 211). Diese Unterscheidungen sind besonders in der Servitutenlehre von Bedeutung (unten § 135 b).[4]) Über die Unterscheidung der praedia in solo Italico und der praedia provincialia sowie das hiermit zusammenhängende ius Italicum vgl. S. 83[8], über die Bedeutung der Scheidung in agri limitati und agri arcifinii S. 81[1] und unten § 125 a 1.

---

[4]) Für das BGB. hat rechtliche Bedeutung die Sonderung der Grundstücke in Gebäude (zB. §§ 94, 98, 1128), Landgüter (auf dem Lande belegene, ein wirtschaftliches Ganze bildende Flächen zum Betriebe der Viehzucht, der Landwirtschaft und deren Nebengewerbe, zB. §§ 98, 593ff., 1055, 1822[4]) und landwirtschaftliche (d. h. zur Fruchtziehung bestimmte) Grundstücke (zB. §§ 582ff., 998, 1055, 1421).

Unter den Mobilien werden die Moventien (res sese moventes) unterschieden, nämlich die Sklaven und die (wilden, zahmen, gezähmten) Tiere (vgl. D. 50, 16, 93).

2. Die rechtliche Bedeutung der Unterscheidung zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen zeigte sich im rR. zB. beim Besitzschutz (interdictum utrubi für bewegliche, uti possidetis für unbewegliche Sachen, unten § 118 c 1 α; interdictum unde vi, § 118 c 2 α, und quod vi aut clam, § 121 b 3 β, nur für unbewegliche Sachen), bei der Ersitzungszeit (3 Jahre für bewegliche, 10 und 20 Jahre für unbewegliche Sachen, unten § 124 c 5), in Verfügungsbeschränkungen (nach der lex Iulia de fundo dotali kann der Ehemann Mitgiftgrundstücke nur mit Genehmigung der Frau, nach der oratio Severi der Vormund Mündelgrundstücke nur mit vormundschaftsgerichtlicher Erlaubnis veräußern). Immerhin hatte diese Unterscheidung bei weitem nicht die Bedeutung, die ihr im deutschen und dem ihm folgenden modernen Rechte zukam. Insbesondere erfolgte Veräußerung und Belastung bei Immobilien genau so wie bei Mobilien, während nach deutschem und heutigem Rechte durchgreifende Unterschiede bestehen; vgl. unten § 122[1].

c. Vertretbarkeit.

1. Körperliche Sachen können entweder als individuell bestimmte (species, der Hengst Pluto) oder als nur nach den Gattungsmerkmalen bestimmt (genus, ein dreijähriger Rapphengst) Gegenstand des Rechtsverkehrs werden. Sachen, die im Rechtsverkehr regelmäßig nur der Gattung nach in Betracht kommen, bei denen deshalb jede Sache der Gattung jeder anderen Sache der Gattung gleichwertig ist, von ihr also vertreten werden kann, nennt man heute vertretbare Sachen[5]). Die Quellen sprechen — da die vertretbaren

[5]) Der Ausdruck res fungibiles, dessen Übersetzung der zuerst von Zachariä gebrauchte Ausdruck „vertretbare Sachen" bildet, ist von Ulrich Zasius (1556) aufgebracht worden, in Anlehnung an D. 12, 1, 2, 1: res quae in genere suo functionem recipiunt per solutionem [magis] quam specie, d. h. Sachen, die bei der Erfüllung nur ihrer Gattung nach Bedeutung haben. Vertretbare und

Sachen, wie BGB. § 91 sagt, „im Verkehr nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen" — von „res, quae pondere, numero mensurave constant" (I. 3, 14, pr.).

Die wichtigste vertretbare Sache ist das Geld (pecunia von pecus, S. 61[5]). Wie in der berühmten l. 1 D. 18, 1 ausgeführt ist[6]), beruht der älteste Geschäftsverkehr ausschließlich auf Tausch, d. h. der Hingabe eines wirtschaftlichen Guts gegen Empfang eines anderen zwecks Befriedigung der gegenseitigen Lebensbedürfnisse der beteiligten Personen. Mit der Verfeinerung und Erhöhung der Bedürfnisse konnte der ein bestimmtes Gut Verlangende nicht immer eine Person finden, die einerseits ihm dies zu gewähren imstande war, andererseits für das von ihm abzugebende Gut Verwendung hatte. Der Verkehr hat diese Schwierigkeit allmählich dadurch überwunden, daß er einen durch leichte Umsatzfähigkeit und allgemeine Verwendbarkeit ausgezeichneten Stoff als

---

Gattungssachen sind jedoch mit einander nicht zu verwechseln. Die Vertretbarkeit ist eine durch die Verkehrsauffassung einer Sache beigelegte allgemeine Eigenschaft, die Behandlung einer Sache als species oder genus (unten § 67 b) beruht auf dem Willen der Parteien in einem bestimmten Falle. Regelmäßig kommen zwar vertretbare Sachen nur ihrer Gattung nach und unvertretbare nur als species vor. Es kann aber zB. sehr wohl eine an sich vertretbare Sache als species zum Geschäftsgegenstande gemacht werden (vgl. D. 35, 2, 30, 4: pecuniam, quam in illa arca, vinum quod in illis doliis, pondus argenti, quod in illis horreis habeo) und umgekehrt eine an sich unvertretbare Sache bei einem Rechtsgeschäfte nur ihrer Gattung nach in Betracht kommen (zB. ein Sklave, D. 23, 3, 18). Über die Behandlung von Geld als species vgl. auch unten § 67 b 3.

[6]) Origo emendi vendendique a permutationibus coepit. olim enim non ita erat nummus, neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut quod alteri superest alteri desit. Sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes, quod ego desiderarem, invicem haberem, quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret. Eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate, nec ultra merx utrumque (wie beim Tausch), sed alterum pretium vocatur (Kauf).

allgemeines Tauschmittel anerkannte. Dieses nach der Verkehrsauffassung allgemein geltende Tauschmittel heißt Geld im weiteren Sinne. Steht ein Gut jedoch als allgemeines Tauschmittel fest, so ist dies für den Verkehr noch nach zwei anderen Richtungen hin wichtig. Einmal kann an ihm der Vermögenswert (S. 263) aller übrigen Güter abgemessen werden: das Geld ist „allgemeiner Wertmesser"; und ferner können diejenigen Verpflichtungen, die den Schuldner nicht zur Hingabe eines bestimmten Gegenstands, sondern eines abstrakten Vermögenswerts nötigen (Wertschulden: Kauf, Miete, Darlehen, unerlaubte Handlungen), durch Zahlung, d. h. Hingabe von Geld, erfüllt werden: das Geld ist „allgemeines Zahlungsmittel" (D. 40, 7, 9, 2: ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt).

Für das Recht erlangt ein vom Verkehr als allgemeines Tauschmittel aufgenommener Stoff seine Bedeutung als Wertmesser und Zahlungsmittel freilich erst dadurch, daß ihm durch Rechtssatz diese Eigenschaften beigelegt sind. Geld im engeren Sinne oder Staatsgeld ist derjenige Stoff, der durch Rechtssatz zur Währung erhoben ist, mit der Wirkung, daß alle Vermögenswerte durch Quantitäten dieses Stoffs ausgedrückt werden können und der Schuldner einer Wertschuld sich von dieser durch Hingabe solcher Quantitäten (tantundem pecuniae: D. 46, 3, 80) befreien kann. Neben diesem gesetzlichen Gelde kann der Verkehr noch andere Stoffe als Wertmesser und Zahlungsmittel anerkennen; es ist aber niemand verpflichtet, solches „usuelles" Geld zu geben oder zu nehmen.

Währung ist hiernach der vom Recht als allgemeines Zahlungsmittel anerkannte Stoff, meist ein Metall (Kupfer-, Silber-, Goldwährung) oder mehrere Metalle, die vom Gesetz entweder zu einander in ein Wertverhältnis gestellt sind (besonders Gold und Silber, Doppelwährung, Bimetallismus) oder selbständig neben einander stehen (Parallelwährung).[7])

[7]) Wie S. 60[1] dargelegt, galt in Rom ursprünglich Kupferwährung, und zwar wurde das aes nicht zugezählt, sondern zugewogen

2. Die Fungibilien sind wegen ihrer stets möglichen Ersetzbarkeit durch andere Mittel (tantundem eiusdem generis est idem) die gegebenen Gegenstände des großen Handelsverkehrs. Sie haben daher insbesondere im modernen Recht eine, sie hierzu besonders befähigende rechtliche Behandlung erfahren, indem sie nach CPO. §§ 592, 688, 794[5] allein Gegenstand des Urkundenprozesses, des Mahnverfahrens oder einer vollstreckbaren Urkunde sein können. Aber auch schon nach rR. hatte die Vertretbarkeit rechtliche Bedeutung, insofern nur Fungibilien Gegenstand eines Darlehns (unten § 95 a) sowie eines depositum irregulare (unten § 102 c 1) sein können.

d. Verbrauchbarkeit.

1. Verbrauchbare Sachen (Konsumtibilien) sind bewegliche Sachen, deren bestimmungsmäßiger Gebrauch in

---

(daher die „negotia per aes et libram", S. 153). Erst später erschienen Silber- und Goldmünzen. Das Mittelalter und die neuere Zeit bis in das 19. Jahrhundert wird von der Silberwährung beherrscht. Der Münzverfassung des deutschen Reichs, welche vor allem auf dem Reichsmünzgesetz vom 9. Juli 1873 (Novelle vom 1. Juni 1900) beruht, liegt die Goldwährung zu Grunde. Da aber auch die vorher von den deutschen Staaten ausgeprägten Taler noch Währungsgeld sind, d. h. von jedem in jeder Höhe als Zahlungsmittel angenommen werden müssen, hat das Deutsche Reich nur eine hinkende Goldwährung. Dagegen sind die vom Reich geprägten Reichssilbermünzen (5-, 2-, 1-, ½-Markstücke) nicht Währungsgeld, sondern „Scheidemünzen" und brauchen nur bis zum Betrage von 20 Mk. (Nickel- und Kupfermünzen nur bis 1 Mk.) in Zahlung genommen zu werden.

Goldwährung herrscht ferner noch in Großbritannien, Österreich, Rußland, Dänemark, Schweden-Norwegen, Nordamerika; reine Silberwährung in China, Ostindien, Mexiko; Doppelwährung in den Ländern der 1865 gegründeten sog. lateinischen Münzunion (Frankreich, Italien, Belgien, Schweiz) sowie in Spanien und den Balkanstaaten.

Das Deutsche Reich hat kein wahres Papiergeld. Die vom Reich auf Grund des RG. vom 30. April 1874 ausgegebenen Reichskassenscheine (50, 20, 5 Mk.) müssen zwar von den Staatskassen, nicht aber von Privaten als Geld angenommen werden. Die von der Reichsbank und den sonstigen Notenbanken auf Grund des Reichsbankgesetzes vom 14. März 1875 ausgegebenen Banknoten (100 Mk. und höher) brauchen weder von Privaten noch von den Staatskassen angenommen zu werden, sondern nur von den Notenbanken.

dem Verbrauch oder in der Veräußerung besteht (res quae usu consumuntur vel minuuntur, Nahrungsmittel, Streichhölzer; I. 2, 4, 2 zählt auch Kleider hierher, was aber unrichtig ist, da ihr Verbrauch eine zufällige, nicht die bestimmungsmäßige Folge ihres Gebrauchs ist). Verbrauchbare Sachen sind meist, aber nicht immer auch vertretbar (so zB. nicht der Wein eines bestimmten Fasses). In D. 7, 5, 5, 1 wird das Geld, da vom Standpunkte des Besitzers aus die Verausgabung dem Verbrauche gleichkommt, den verbrauchbaren Sachen gleichgestellt (vgl. I. 2, 4, 2; vgl. auch BGB. § 92 Abs. 2).

2. Auch die Verbrauchbarkeit ist eine, eine besondere rechtliche Behandlung herbeiführende Eigenschaft gewisser Sachen. Da bei ihnen der Gebrauch im Verbrauch besteht, sind Gebrauchsgeschäfte (Leihe, Nießbrauch) nur in der Weise möglich, daß der Gebrauchsberechtigte statt der gebrauchten und damit verbrauchten Sachen gleichartige zurückgewährt (quasi ususfructus, unten § 136 a).

e. Teilbarkeit.

1. Im natürlichen Sinne teilbar, d. h. in Abschnitte zerlegbar, sind alle Sachen. Das Recht behandelt dagegen nur diejenigen körperlichen Sachen als teilbar (res dividuae), die ohne Zerstörung ihres Wesens und ohne Verminderung ihrer wirtschaftlichen Bedeutung, insbesondere auch ihres Wertes (D. 30, 26, 2) in solche Teile zerlegt werden können, von denen jeder alle wesentlichen Gattungseigenschaften der ungeteilten Sache aufweist. Daher sind lebende Tiere, Diamanten, Kleidungsstücke nicht teilbar, wohl aber Tierkadaver, Kohlenblöcke, Tuche. Grundstücke sind immer und in beliebigen Abschnitten (certus locus ex fundo, D. 41, 2, 26), bewegliche Sachen insoweit teilbar, als sie im Verkehr nach Maß, Zahl oder Gewicht in Betracht kommen (D. 45, 1, 54, pr.); Gebäudegrundstücke können jedoch nur senkrecht, nicht wagerecht geteilt werden (kein besonderes Stockwerkeigentum, wegen des Grundsatzes „superficies solo cedit“; vgl. jedoch EG. Art. 182). Sachgesamtheiten sind bisweilen teilbar (eine Herde), bisweilen unteilbar (ein zusammenpassendes Viergespann).

Die Teilung wird **vollzogen**: bei Grundstücken durch Grenzziehung (D. 8, 4, 6, 1, heute durch Vermerk im Kataster, S. 93[4], unter entsprechender Berichtigung des Grundbuchs, unten § 122[1]), bei beweglichen Sachen durch räumliche Trennung; ob bewegliche Sachen durch bloße Grenzziehung geteilt werden können, ist streitig (vgl. D. 6, 1, 8; 8, 2, 36; 17, 2, 83). Über die Teilbarkeit der Grenzmauern und Grenzbäume vgl. unten § 121 b 9 β.

2. Nach vollzogener Teilung ist jeder Teil eine selbständige Sache. Wenn die Quellen trotzdem von **partes pro diviso** sprechen (D. 50, 16, 25, 1), so geschieht dies einerseits zur Hervorhebung der bisherigen Zusammengehörigkeit, besonders bei den nur durch Grenzziehung teilbaren Grundstücken, andererseits im Gegensatze zu den **partes pro indiviso**. Hierunter versteht man eine nicht wirklich vollzogene, sondern bloß gedachte, „ideelle" Teilung von **Rechten** an einer Sache oder gegenüber einer Person unter mehrere Berechtigte (sog. **intellektuelle Teilung**).[3])

Einer Teilung nach ideellen Anteilen sind die Rechte regelmäßig fähig, so das Eigentum (Miteigentum, unten § 132), der Nießbrauch (D. 35, 2, 1, 9, unten § 136 a 5), das Pfandrecht (D. 20, 1, 10) und die meisten Obligationen (D. 45, 1, 2 und 72, unten § 67 d). **Unteilbare Rechte** sind jedoch: der usus (D. 7, 8, 19, unten § 136 b 1 α), die Prädialservituten (§ 135 c 3) und gewisse Obligationen (§ 67 d).[2])

3. Die Teilbarkeit hat **rechtliche Bedeutung** insbesondere bei der Frage der Umwandlung derartiger ideeller Teile in reelle (actio communi dividundo, unten § 132); z.B. A und B haben Miteigentum an einem Acker und einem Diamanten; ersteren können sie reell teilen (BGB. § 752),

[3]) Vgl. z.B. D. 45, 3, 5: Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus, utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant, quam corpore. Streitig ist, ob nach rR. die **Sache** ihrem Werte nach oder das **Recht** als unter die mehreren Berechtigten geteilt gedacht werden muß; BGB. §§ 1095, 1106, 1114 spricht von „Bruchteilen eines Grundstücks".

[2]) Von der (römischrechtlichen) Mitberechtigung oder -Verpflichtung zu ideellen Anteilen zu unterscheiden ist die (deutschrechtliche) Berechtigung oder Verpflichtung mehrerer **zur gesamten Hand**; unten § 86 a.

letzteren müssen sie veräußern und können erst den Erlös teilen. Auch die Teilung selbst hat rechtlichen Einfluß, so erhält zB. der Hypothekengläubiger bei Teilung des Pfandgrundstücks (korreale) Hypotheken in voller Höhe an jedem Teil (pignoris causa indivisa est, unten § 142 b 3).

f. Wert.

1. Der Wert einer Sache ist die Bedeutung, die ihr als einem zur Befriedigung menschlicher Bedürfnisse geeigneten Gute zukommt. Der Wert wird durch Schätzung (aestimatio), d. h. Gleichstellung mit einer gewissen Summe Geldes, des allgemeinen Wertmessers, festgestellt. Diese Schätzung kann von verschiedenen Gesichtspunkten aus erfolgen, entweder nach dem Gebrauchswerte, d. h. dem Nutzen, welchen der dauernde Gebrauch des Guts gewährt, oder nach dem Tauschwerte, d. h. der Menge anderer Güter, die durch Veräußerung des Guts gewonnen werden. Der in Geld, dem allgemeinen Tauschmittel, ausgedrückte Tauschwert eines Gegenstandes wird als dessen Preis bezeichnet.

2. Die Frage nach dem Wert eines Gegenstands hat in vielen Beziehungen rechtliche Bedeutung, so zB. wenn für die Veräußerung oder Beschädigung eines Gegenstands Ersatz zu leisten ist. Hierbei wird vom Recht bisweilen der Gebrauchswert, meist aber der Tauschwert berücksichtigt. Ferner wird regelmäßig derjenige Wert in Betracht gezogen, den das Gut unter allen Umständen und für jedermann hat (gemeiner Wert, verum rei pretium), unter Umständen aber auch derjenige (höhere) Wert, den das Gut für eine bestimmte Person unter Berücksichtigung ihrer besonderen Verhältnisse besitzt (außerordentlicher Wert, id, quod interest, D. 47, 8, 2, 13), niemals jedoch der Affektionswert (pretium affectionis), d. h. der Wert, den eine Sache für den Eigentümer wegen seiner besonderen Vorliebe für sie hat (Katze einer alten Jungfer).[10])

[10]) D. 35, 2, 63, pr.: Pretia rerum non ex affectu nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur. Die Formel „quanti ea res est" bedeutet teils den gemeinen Wert (D. 50, 16, 179), teils „das Interesse", den außerordentlichen Wert (D. 6, 1, 68); vgl. unten § 68 c 3.

Dritter Abschnitt. Rechtsgeschäfte.

§ 42. Erwerb und Verlust der Rechte.

a. Juristische Tatsachen.

Juristische (d. h. rechtlich erhebliche) Tatsachen sind Begebenheiten, die nach den Normen des objektiven Rechts für die Begründung, Umgestaltung oder Aufhebung der subjektiven Rechte von Bedeutung sind. Derartige Begebenheiten können äußere, sinnlich wahrnehmbare oder innere („Wissen und Wollen") sein. Die äußeren Tatsachen können wieder sein: Handlungen, d. h. Willensäußerungen einer Person, und sonstige Ereignisse (zB. Geburt, Tod, Zeitablauf).

Von den Handlungen sind zwei Gattungen unter besondere Begriffe zusammengefaßt und gewissen gemeinsamen Grundsätzen unterworfen, nämlich die Rechtsgeschäfte (unten § 43), d. h. Willenserklärungen, welche die Gestaltung gewisser Rechtsverhältnisse bezwecken, und die Delikte (unten § 114), d. h. schuldhafte, rechtsverletzende, vom objektiven Recht gemißbilligte Willensbetätigungen, an die sich Rechtsfolgen (Strafe, Schadensersatz) anknüpfen. Beide Arten von Handlungen können sein: positive (bei den Delikten Kommissivdelikte genannt, zB. furtum, iniuria) oder negative (Unterlassungen, zB. das Stillschweigen, S. 304, bei den Delikten Omissivdelikte genannt, zB. schuldhafte Nichtbeleuchtung der Haustreppe).

Die Summe der zur Herbeiführung einer Rechtswirkung erforderlichen Tatsachen heißt der Tatbestand dieser Rechtswirkung. Der Tatbestand der Testamentserbfolge setzt sich zB. aus den Tatsachen: Testamentserrichtung, Tod des Erblassers und Überleben eines Bedachten (Erben) zusammen.

b. Rechtserwerb.

1. Rechtserwerb bedeutet Verbindung eines subjektiven Rechts mit einer Person. Der Rechtserwerb vollzieht

sich entweder durch eine Handlung der erwerbenden Person (zB. Aneignung) oder ipso iure, d. h. von Rechts wegen (zB. die alluvio, unten § 125 a 1 γ).[1] Er heißt originär (ursprünglich) wenn das Recht in der Person des Erwerbenden neu entsteht (Aneignung, Ersitzung, Verarbeitung), derivativ (abgeleitet), wenn er sich von dem Recht eines Anderen herleitet (Erwerb durch Übergabe, Auflassung, Erbgang).[2]

2. Beim derivativen (abgeleiteten) Erwerbe heißt der bisher Berechtigte Rechtsurheber, auctor iuris, der Erwerber Rechtsnachfolger, successor, der Hergang vom Standpunkte des auctor: Rechtsübertragung (cessio, traditio), vom Standpunkte des Erwerbers: Rechtsnachfolge (successio). Hierbei gilt der Grundsatz, daß der Rechtsnachfolger bestenfalls das Recht des Rechtsvorgängers, aber kein besseres oder größeres erwerben kann (nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet; D. 50, 17, 54 und 120). Eine Folge dieses Satzes ist der Grundsatz: „Resoluto iure dantis, resolvitur ius concessum"; d. h. stellt sich das Recht des Rechtsurhebers, zB. infolge Zeitablaufs oder des Eintritts einer Resolutivbedingung, als hinfällig heraus, so fallen ohne weiteres alle von ihm übertragenen

[1] Früher (so das ALR.) schied man die zur Herbeiführung eines Rechtserwerbs, insbesondere des Eigentumserwerbs, erforderlichen Tatsachen in die obligatorischen, den sog. titulus adquirendi, und die dinglichen, den sog. modus adquirendi. Übergibt A zB. dem B ein ihm verkauftes Pferd, dann ist das Verkaufsgeschäft der Titel, die Übergabe der Modus. Vgl. über diese an D. 41, 1, 31 anknüpfende, in das BGB. nicht übergegangene Theorie D. § 73[2].

[2] Mit der Unterscheidung zwischen originärem und derivativem ist die Unterscheidung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Rechtserwerb nicht zu verwechseln. Bei letzterer ist das Unterscheidungsmerkmal, ob der bisherige Inhaber des Rechts zur Rechtsübertragung mitwirken muß oder nicht. Der Erwerb auf Grund gesetzlicher Erbfolge ist zB. derivativ, denn der Erbe erhält nur omne ius, quod defunctus habuit; aber er ist unmittelbar, denn der Rechtserwerb vollzieht sich nicht durch ein Handeln des Erblassers, sondern durch eine Handlung des Erben, den Erbschaftsantritt (so nach rR.) oder kraft Gesetzes (Erbanfall, so nach BGB.).

Rechte fort. Zuweilen wird der Grundsatz, daß niemand mehr Rechte übertragen kann, als er hat, im Interesse der Sicherheit des Verkehrs durchbrochen, zB. im BGB. § 932 bezüglich des gutgläubigen Erwerbs beweglicher Sachen vom Nichteigentümer und in § 892 bezüglich des Erwerbs von Rechten an Grundstücken oder an im Grundbuch eingetragenen Rechten (unten § 123 [9]).

3. Der abgeleitete Erwerb ist wieder konstitutiv oder translativ, je nachdem das übertragene Recht von dem Rechtsvorgänger aus seinem Recht erst ausgesondert wird, als ein selbständiges also bisher noch nicht vorhanden war (wenn zB. der Eigentümer eines Grundstücks eine Hypothek für einen Gläubiger eintragen läßt, einen Nießbrauch bestellt) oder schon beim Rechtsvorgänger selbständig vorhanden gewesen war (wie zB. bei der Abtretung einer Forderung). Die konstitutive oder translative Übertragung eines Rechts auf einen Anderen durch einen Willensakt des Berechtigten heißt Veräußerung (alienatio). Die alienatio umfaßt daher zB. auch die Verpfändung (S. 275). In einem weiteren Sinne bedeutet alienatio auch das freiwillige Aufgeben eines Rechts ohne Übertragung auf einen Anderen, das wieder sein kann: Verzicht, renuntiatio, d. h. Aufgeben eines bereits erworbenen Rechts (zB. das Wegwerfen eines Gegenstands) und repudiatio, Nichtbenutzung der Möglichkeit, einen Erwerb zu machen (zB. Ausschlagung einer Erbschaft). Besonders geordnet ist die alienatio in fraudem creditorum, über die im Konkursrechte zu sprechen ist.

4. Die Rechtsnachfolge, also der Eintritt in die Rechtsstellung eines Rechtsvorgängers beim derivativen Erwerb, kann einen verschiedenen Umfang haben. Universalsuccession (Gesamtnachfolge) ist der (heute nur durch Erbgang, im älteren rR. auch durch bonorum emptio im Konkurse vermittelte) Eintritt in die gesamte Rechtsstellung eines Anderen, insbesondere in sein Vermögen (Aktiva und Passiva) als eine universitas iuris (oben S. 245), successio in universum ius quod defunctus habuerit (D. 50, 17, 62); Singularsuccession ist der Eintritt in einzelne

Rechte (zB. bei Abtretung einer Forderung) oder Pflichten (zB. bei der Schuldübernahme). Eine dem rR. eigentümliche Gesamtnachfolge nur in die Rechte einer Person (ihr Aktivvermögen), ist die beim Eintritt in eine fremde potestas (beim Verlust der Freiheit, bei Eingehung einer Manusehe, bei der arrogatio) vorkommende adquisitio per universitatem (S. 223);[3]) eine dem deutschen Recht eigentümliche Gesamtnachfolge in einzelne Vermögensgesamtheiten (Lehen, Fideikommiß, Allodialvermögen, vgl. D. § 94 b) ist die spezielle Universalsuccession oder Spezialsuccession.

5. Ein Rechtserwerb ist in der Schwebe (pendet, in suspenso est), wenn noch nicht alle den Rechtserwerb bewirkenden Tatbestandsmomente vorhanden sind, so beim suspensiv-bedingten, befristeten, von einer Genehmigung abhängigen Rechtsgeschäfte. Tritt der zum endgültigen Rechtserwerbe noch fehlende Umstand ein, so wird der Rechtserwerb bei einzelnen Rechtsverhältnissen auf den Beginn des Schwebezustands zurückbezogen (Rückziehung, Retrotraktion, Wirkung „ex tunc", zB. ratihabitio mandato comparatur, unten § 54 a 2), bei anderen als erst mit Eintritt des fehlenden Umstands vollendet angesehen (Wirkung „ex nunc", so bei befristeten Rechtsgeschäften, unten § 52 b).

c. Rechtsverlust.

Rechtsverlust ist Loslösung eines Rechts von der Person des bisher Berechtigten. Er kann, ebenso wie der Rechtserwerb, durch eine Handlung des Berechtigten (Veräußerung, Entäußerung) oder durch andere Ereignisse eintreten (Untergang einer Sache; Tod des Berechtigten, zB. bei der Leibrente, dem Nießbrauch; Tod des Verpflichteten, zB. bei der Unterhaltspflicht; Zeitablauf). Verwirkung (commissio) ist die Entziehung eines Rechts von Gesetzes wegen als Folge

---

[3]) Adquisitio per universitatem trat ferner ein nach dem Sc. Claudianum „cum libera mulier servili amore bacchata ipsam libertatem amittebat et cum libertate substantiam." Diesen Erwerb beseitigte Justinian (I. 3, 12, 1); vgl. oben S. 205[1].

einer vom Gesetz gemißbilligten Handlung (zB. im Falle des decretum divi Marci, unten § 59 b, und der Erbunwürdigkeit, s. u. im Erbrecht).

Ist ein Recht für ein bestimmtes Subjekt entstanden, so dauert es fort bis zum Eintritt einer verändernden oder vernichtenden Tatsache (Grundsatz der Kontinuität des Rechts). Daher hat die Beweislast für die Änderung oder den Verlust des Rechts, wer eine solche Tatsache behauptet. Verlangt A zB. von B ein ihm angeblich gegebenes Darlehen zurück, so muß A beweisen, wenn B den Empfang des Darlehns bestreitet, B, wenn er dies zugesteht, aber behauptet, es zurückgezahlt zu haben; vgl. unten § 62 a 3.

§ 43. Rechtsgeschäfte. Allgemeines.

a. Begriff des Rechtsgeschäfts.

Rechtsgeschäft (in den Quellen negotium, aber ohne technische Bedeutung, zB. auch für Prozeßhandlungen, im prät. Edikt gestum, zB. D. 4, 4, 1, 1) ist eine auf Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges gerichtete Privatwillenserklärung. Jedes Rechtsgeschäft beruht also auf einer Willenserklärung, aber nicht jede Willenserklärung ist ein Rechtsgeschäft, sondern nur eine solche, die von einer Privatperson ausgeht (kein Rechtsgeschäft ist die von einem Richter getroffene Entscheidung), ferner einen Rechtserfolg bezweckt (kein Rechtsgeschäft ist die Annahme einer Balleinladung, die Aufforderung zum Tanz) und endlich von der Rechtsordnung gebilligt wird (kein Rechtsgeschäft ist die unerlaubte Handlung).

b. Einteilung der Rechtsgeschäfte.

Die Rechtsgeschäfte werden von verschiedenen Gesichtspunkten gewissen Einteilungen unterworfen.

1. Bei gewissen Rechtsgeschäften genügt die Willenserklärung einer Partei (einseitige Rechtsgeschäfte), bei anderen sind die übereinstimmenden Willenserklärungen mehrerer Parteien erforderlich (zweiseitige Rechtsgeschäfte

oder Verträge; D. 2, 14, 1, 2: est pactio duorum pluriumve in idem placitum [et][1]) consensus).

α. Gewisse einseitige Rechtsgeschäfte können nur einem bestimmten Gegner gegenüber vorgenommen werden, sog. empfangsbedürftige (Zitelmann) Rechtsgeschäfte (zB. Kündigung, Mahnung, Antrag, Anfechtung, Aufrechnung), im Gegensatze zu den streng einseitigen (zB. Auslobung, Aneignung, Testamentserrichtung, Erbschaftsantritt), die eines „Adressaten" der Willenserklärung nicht bedürfen.

β. Verträge gibt es auf allen Rechtsgebieten (zB. Schenkung, Auflassung, Annahme an Kindesstatt, Erbvertrag). Die wichtigsten und von den Römern allein behandelten (unten §§ 73 ff.) sind die dem Rechte der Schuldverhältnisse angehörenden Schuldverträge (obligatorische Verträge, Kontrakte), die wieder, je nachdem sie nur der einen oder jeder Partei eine Verpflichtung auferlegen, in einseitige, contractus unilaterales (zB. nexum, stipulatio, Darlehen, Schenkung), und zweiseitige, contractus bilaterales, zerfallen. Unter den letzteren sind wieder zu unterscheiden die vollkommen zweiseitigen (contractus bilaterales aequales), bei denen von vornherein und begriffsnotwendig beide Teile gleiche Pflichten haben (sog. synallagmatische, nach BGB. §§ 320 ff. gegenseitige Verträge, zB. Kauf, Miete, Gesellschaft) und die unvollkommen zweiseitigen Verträge, wenn zunächst und notwendig nur eine Partei verpflichtet ist, unter gewissen Umständen aber eine Gegenverpflichtung auch der anderen Partei entstehen kann (contractus bilaterales inaequales, zB. Auftrag, Hinterlegung).

Auf diesem Unterschiede beruht der Gegensatz zwischen den actiones directae und contrariae (§ 61 b 3 α). Erstere sind Klagen, die aus dem Wesen des Rechtsgeschäfts entspringen, letztere sind Gegenklagen wegen etwaiger Gegenforderungen.

Bei den zweiseitigen Verträgen ist eine erschöpfende Bestimmung ihres Inhalts in der Regel unmöglich; jeder Teil-

[1]) Dies Wort fehlt in der Florentina (S. 144).

nehmer muß sich vielmehr auf die Anständigkeit des anderen verlassen; sie heißen daher bonae fidei contractus, im Gegensatze zu den einseitigen, von vornherein genau bestimmbaren stricti iuris contractus.

Über die (für das moderne Recht bedeutungslose) römischrechtliche Einteilung der Schuldverträge in contractus und pacta, und der ersteren in Verbal-, Litteral-, Real-, Konsensual- und Innominatkontrakte vgl. unten § 73 b.

2. Negotia mortis causa (D. 5, 2, 25, pr.) heißen die zur Regelung der Rechtsverhältnisse des Erklärenden nach seinem Tode bestimmten Rechtsgeschäfte (Testament, Erbvertrag, Schenkung von Todes wegen), im Gegensatz zu den sonstigen, den negotia inter vivos. Diejenigen negotia mortis causa, die nur unter der Bedingung rechtswirksam sind, daß sie der letzte Wille des Verfügenden sein werden, heißen letztwillige Verfügungen. Sie sind eben dieser Bedingung wegen bis zum Tode frei widerruflich. Zu ihnen gehören Testament und Schenkung von Todes wegen, nicht aber der Erbvertrag.

3. Unter den den Vermögensverkehr betreffenden Rechtsgeschäften unterscheidet man die entgeltlichen oder onerosen von den unentgeltlichen oder lukrativen (ex causa onerosa und ex causa lucrativa, D. 44, 7, 17 und 19), je nachdem der durch ein Rechtsgeschäft vermittelte Vermögenserwerb eine vermögenswerte Leistung des Erwerbers erfordert (zB. Kauf) oder nicht (zB. Schenkung). Zwischen dem onerosen und dem lukrativen Rechtsgeschäft steht das gemischte, negotium mixtum cum donatione, bei dem eine Gegenleistung bestimmt ist, aber in keinem Verhältnisse zum Werte der Leistung steht (zB. A überläßt seinem Sohne B sein wertvolles Bauerngut gegen ein geringes Altenteil).

4. Jedes Rechtsgeschäft verfolgt einen Zweck (causa).[2])

---

[2]) Mit dem Ausdrucke causa bezeichnen die Römer sinnverwirrend die verschiedensten Rechtsbegriffe, u. a. den Beweggrund (falsa causa non nocet, Anm. 3), den Zweck (zB. condictio ob iniustam causam, § 113 b), den Prozeß (zB. causa centumviralis, causa Curiana, ebenso im Französischen: „causes célèbres"), die

So kann zB. eine Vermögenszuwendung erfolgen „donandi, obligandi (oder credendi), solvendi causa", nämlich zu dem Zweck: entweder den Empfänger zu bereichern (zB. Schenkung) oder zu verpflichten (zB. Hingabe eines Darlehns) oder den Zahlenden von einer bestehenden Pflicht zu befreien (zB. Rückzahlung eines Darlehns). Regelmäßig ist die Erreichung des Zwecks[3]) des Rechtsgeschäfts Bedingung der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts; das letztere soll also nur bestehen, wenn damit sein Zweck, seine causa, erreicht wird (zB. am 1. Oktober 1904 zahle ich an B gegen Übergabe des von mir gekauften Pferdes Pluto

---

rechtliche Stellung (res transit cum sua causa), das zu einer Hauptsache Hinzugekommene (omnis causa, § 129 d 2), den Klagegrund (causa agendi, § 60 a), die Begründungsart bei Schuldverhältnissen (causae civiles, § 73 b), die Verursachung (Kausalzusammenhang, § 68 c).

[3]) Mit dem Zweck eines Rechtsgeschäfts sind die Beweggründe (Motive) desselben nicht zu verwechseln. Der Zweck gibt an, welcher rechtliche Erfolg (in der Zukunft) durch die Vornahme des Rechtsgeschäfts erreicht werden soll. Die Beweggründe geben an, weshalb der Erklärende (in der Vergangenheit) dazu gelangt ist, das Rechtsgeschäft vorzunehmen. A übergibt B 1000 Mk. (Rechtsgeschäft), um sie ihm zu schenken (Zweck), weil ihn B aus dem Wasser gezogen hat (Beweggrund).

Die Beweggründe haben regelmäßig keinen Einfluß auf die Rechtsbeständigkeit des Rechtsgeschäfts (falsa causa non nocet, D. 35, 1, 72, 6; vgl. D. 12, 6, 65, 2). Ausnahmen finden sich nur bei rechtswidriger Einwirkung auf die Entstehung des Beweggrundes (Zwang und Betrug, unten § 46); ferner ist unter Umständen ein Irrtum im Motiv erheblich (unten § 46[5], condictio indebiti, Erbrecht, vgl. §§ 1949, 2078, 2079) und ein unsittlichen Beweggründen entspringendes Geschäft nichtig (vgl. zB. D. 17, 1, 12, 11); endlich kann ein Beweggrund durch Parteivereinbarung zur Bedingung des Wirksamwerdens (Suspensivbedingung) oder Wirksambleibens (Resolutivbedingung) des Rechtsgeschäfts gemacht werden (unten § 51). Dagegen ist die Nichterreichung des Zwecks bei den kausalen Geschäften begriffliche Wirksamkeitsbedingung des Rechtsgeschäfts, bei den abstrakten wenigstens Anlaß zur Beseitigung seiner Wirkungen (unten S. 272). Vgl. D. 12, 6, 52: Damus aut ob causam aut ob rem: ob causam praeteritam, veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum vel quia aliquid a te factum est, ut etiamsi falsa causa sit, repetitio eius pecuniae non sit: ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit.

1000 Mk.). Diese Rechtsgeschäfte nennt man kausale oder materielle. Zuweilen aber lösen die Beteiligten den Zweck des Rechtsgeschäfts von seinem Bestehen ab, und lassen durch die Art der Abgabe der Willenserklärung erkennen, daß das Rechtsgeschäft selbst dann Bestand haben soll, wenn der damit verbundene Zweck nicht erreicht wird (zB. am 1. Oktober 1904 zahle ich an B gegen diesen Wechsel 1000 Mk.). Diese von ihrem Zweck „abgezogenen" Rechtsgeschäfte heißen „abstrakte". Erfolgt insbesondere eine Vermögenszuwendung durch ein kausales Rechtsgeschäft, so tritt sie nur in Wirkung, wenn der Zweck, zu dem sie vorgenommen wird, sich verwirklicht (die 1000 Mk. sind nur Zug um Zug gegen Übergabe des Pluto zu zahlen). Erfolgt sie durch ein abstraktes Rechtsgeschäft, so wird die Vermögenszuwendung unabhängig vom Eintritte des zu Grunde liegenden Zwecks verwirklicht (A muß auf den von ihm ausgestellten Wechsel an den Inhaber am 1. Oktober 1904 1000 Mk. zahlen, auch wenn B ihm Pluto noch nicht übergeben hat); freilich kann sie unter Umständen wegen Nichterfüllung des Zwecks wieder rückgängig gemacht werden. Hierauf beruhen die Kondiktionen, unten § 113 b.

Bei welchen Rechtsinstituten und in welcher Form[4]) abstrakte Rechtsgeschäfte zulässig sind, das wird von der Rechtsordnung bestimmt. Dabei ist noch zu unterscheiden zwischen notwendig-abstrakten Geschäften, die eine Bezugnahme auf die causa der Vermögenszuwendung garnicht dulden (so in Rom mancipatio und in iure cessio, S. 153, 158, heute Auflassung, Grundschuld, Wechsel) und willkürlich-abstrakten, bei denen die Abhängigkeit von der causa nicht erforderlich, aber zulässig ist (so in Rom die stipulatio in der späteren Entwickelung, § 73 b und — nach richtiger Ansicht, § 123[2] — die traditio), heute Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis (unten § 109).

---

[4]) Regelmäßig, aber nicht immer, sind abstrakte Rechtsgeschäfte nur bei Beobachtung gewisser Rechtsformen rechtsgültig. Die abstrakten Geschäfte werden daher auch als Formalgeschäfte bezeichnet. Vgl. § 47[4].

5. Über gültige und ungültige (nichtige und anfechtbare) Rechtsgeschäfte vgl. unten § 49.

c. Bestandteile der Rechtsgeschäfte.

Essentialia negotii nennt man diejenigen Bestandteile eines Rechtsgeschäfts, die für seine Kennzeichnung als zu einer bestimmten Gattung gehörig unentbehrlich sind (zB. beim Kauf: Ware und Preis). Diese begriffsnotwendigen Bestandteile müssen durch die bei einem Rechtsgeschäfte Beteiligten geschaffen werden; denn erst dadurch wird die Art des entstehenden Rechtsverhältnisses festgestellt. Eine eingehendere Regelung des letzteren durch die Beteiligten ist dagegen überflüssig; denn wenn durch die Essentialien die Gattung des Rechtsgeschäfts feststeht, so gibt das objektive Recht an, wie sich das Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten im einzelnen gestaltet. Wenn zB. feststeht, daß ein Rechtsgeschäft als Kauf zu behandeln ist, ordnet das BGB. an, wann und wo der Kaufpreis zu zahlen und der Kaufgegenstand zu übergeben ist, welche Beschaffenheit dieser haben muß und welche Rechte die mangelhafte Erfüllung dem Käufer gewährt. Diese von der Rechtsordnung aus der Natur des betreffenden Rechtsverhältnisses abgeleiteten Normalsätze heißen naturalia negotii. Da sie nun aber nur nebensächliches enthalten, können sie — ohne daß das Rechtsgeschäft seinen Charakter verliert — durch Abrede der Beteiligten geändert werden; sie sind also Dispositivvorschriften (S. 25). Solche auf der Parteiwillkür beruhenden, die gesetzlichen Nebenbestandteile (die naturalia) abändernden Nebenbestimmungen heißen accidentalia negotii[5]).

---

[5]) Die Frage der Beweislast für die verschiedenen Bestandteile eines Rechtsgeschäfts gehört heute zu den bestrittensten der Rechtswissenschaft. Sie hat besonders durch Stölzel in seiner „Schulung für die civilistische Praxis", 5. Aufl. 1902, eine vielseitige Beleuchtung erfahren.

a. Hinsichtlich der essentialia negotii herrscht jetzt im allgemeinen Einverständnis, daß sie von dem zu beweisen sind, der aus dem Rechtsgeschäfte Rechte herleitet. Über die hieraus folgende Regelung der Beweislast bei bedingten Geschäften vgl. unten § 51 d 4 a, bei Forderung eines angemessenen Kaufpreises unten § 87[9].

Erster Titel. Geschäftsfähigkeit (BGB. §§ 104—115).

§ 44. Die Geschäftsfähigkeit.

a. Begriff.

Handlungsfähigkeit ist die einer Person vom Rechte zuerkannte Befähigung, rechtlich wirksame Handlungen vorzunehmen, d. h. durch Willensäußerungen in den bestehenden Rechtszustand einzugreifen. Dies kann geschehen (S. 264) durch Rechtsgeschäfte und durch Delikte. Demgemäß unterscheidet man als Unterarten der Handlungsfähigkeit die Geschäftsfähigkeit und die Deliktsfähigkeit. Im vorliegenden Titel handelt es sich — dem System des BGB. entsprechend, S. 199 — nur um die für alle Rechtsgebiete bedeutsame Geschäftsfähigkeit, während die nur für das Recht der Schuldverhältnisse in Frage kommende Deliktsfähigkeit im zweiten Buch (unten § 114) zu behandeln ist. Immerhin ist im Interesse der Übersichtlichkeit bei der folgenden

---

b. Hinsichtlich der accidentalia negotii stehen sich zwei Theorien gegenüber.

1. Nach der sog. Einredetheorie (Staub) spricht für die Anwendbarkeit der gesetzlichen Naturalien eine Rechtsvermutung: wer behauptet, daß etwas hiervon abweichendes als Accidentale vereinbart sei, hat dies als Einwand zu beweisen (naturalia inesse praesumuntur, accidentalia specialiter probanda). Wenn der Beklagte zB. entgegen dem Satze (BGB. § 271): quod sine debetur, statim debetur (unten § 69 b) Befristung einer vom Kläger eingeforderten Leistung behaupte, so habe er hierfür eine Beweislast.

2. Nach der sog. Leugnungstheorie (Stölzel, Reichsgericht) kommen die die naturalia negotii anordnenden gesetzlichen Vorschriften als bloße Dispositivvorschriften erst dann zur Anwendung, wenn das Nichtvorhandensein einer diesbezüglichen Parteivereinbarung vorliegt. Wenn der Beklagte gegen eine Kaufgeldforderung einwende, es sei mit „sechs Monat Ziel" verkauft und diese Frist sei noch nicht abgelaufen, so sei dies ein bloßes Leugnen der Behauptung des Klägers, der Kauf sei unter den gesetzlichen Naturalien (BGB. § 271) geschlossen. Kläger müsse also, um die zur Begründung der Klage gehörende Fälligkeit seiner Forderung darzutun, beweisen, daß keine Vereinbarung über die Zahlungszeit getroffen sei.

Das Nähere gehört in das Lehrbuch.

Besprechung der die Geschäftsfähigkeit beeinflussenden Umstände zu erwähnen, wie diese Umstände auf die Deliktsfähigkeit einwirken.

Nicht alle Personen nämlich sind in gleicher Weise handlungsfähig. Ihre Geschäfts- und ebenso ihre Deliktsfähigkeit wird vielmehr von gewissen Tatsachen völlig aufgehoben, von anderen beschränkend beeinflußt. Hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit ist (ebenso BGB. §§ 104 ff.) zwischen den gänzlich „Geschäftsunfähigen" und den „beschränkt Geschäftsfähigen" zu unterscheiden; die letzteren entbehren nur der Fähigkeit, ihre Rechtslage durch Aufgabe von Rechten oder Übernahme von Pflichten zu verschlechtern, der Veräußerungs- und Verpflichtungsfähigkeit, besitzen dagegen die Erwerbsfähigkeit, d. h. die Fähigkeit, ihre Rechtslage zu verbessern, also Rechte zu erwerben oder sich der Verbindlichkeiten zu entledigen.

Eine Unterart der Verpflichtungsfähigkeit ist die Fähigkeit, sich durch Verträge zu verpflichten. Diese Vertragsfähigkeit kommt als Voraussetzung der Wechselfähigkeit (WO. Art. 1) und der Prozeßfähigkeit (CPO. § 52) in Betracht.

Mit der Veräußerungsfähigkeit, d. h. der auf dem objektiven Recht beruhenden allgemeinen Fähigkeit einer Person, die zu ihrem Vermögen gehörenden Gegenstände aufzugeben (oder mit Rechten zu Gunsten dritter zu belasten, beides zusammengefaßt in dem Wort „alienare"), ist nicht zu verwechseln die Verfügungsbefugnis, d. h. die Berechtigung einer veräußerungsfähigen Person, über bestimmte Vermögensgegenstände auf Grund eines subjektiven Rechts zu verfügen. Mangelnde Veräußerungsfähigkeit macht die Veräußerung stets nichtig. Bei mangelnder Verfügungsbefugnis müßte dies an sich auch der Fall sein; im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs wird aber im modernen Recht vielfach auch der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten geschützt (unten § 123 d).

b. Umstände, welche die Geschäftsfähigkeit beeinflussen.

1. Das Alter.

a. Das ältere rR. kannte nur drei für die Geschäftsfähigkeit bedeutsame Altersstufen. Den erheblichsten Einfluß hatte der Eintritt der Geschlechtsreife, der pubertas[1]). Danach werden zunächst impuberes (pupilli) und puberes unterschieden. Unter den impuberes werden wieder die noch nicht 7 Jahr alten infantes anders behandelt als die impuberes infantia maiores.

Als Zeitpunkt des Eintritts der pubertas wurde bei Mädchen stets das vollendete 12. Lebensjahr angenommen. Knaben galten ursprünglich als puberes, sobald sie mit Genehmigung ihrer Familie statt des Knabenkleides, der toga praetexta, die toga virilis angelegt hatten. Justinian setzte in Entscheidung eines berühmten Schulstreits die pubertas für Knaben einheitlich auf das vollendete 14. Lebensjahr fest; er folgte hierbei ausnahmsweise (S. 121) den Prokulianern, während die Sabinianer die wirkliche Geschlechtsreife in jedem einzelnen Fall unter Berücksichtigung des habitus corporis entscheiden lassen wollten (I. 1, 22, pr., C. 5, 60, 3).

a. Die noch nicht 7 Jahr alten infantes (qui fari non possunt) sind gänzlich handlungs-, also geschäfts- und deliktsunfähig. Stehen sie unter patria potestas, so nimmt der pater familias ihre Interessen im eigenen Namen wahr, zumal der Erwerb der Hauskinder ihm grundsätzlich (S. 155) zufällt. Sind sie sui iuris, so haben sie einen tutor und dieser kann nur solche Geschäfte für sie erledigen, die er im eigenen Namen vornehmen kann. Soweit dies unzulässig ist (wie im älteren Recht beim Erbschaftsantritt), ist ein Handeln

[1]) Keine Beziehung zur Handlungsfähigkeit hatte die „plena pubertas“: um 18 Jahre mußte der pater adoptans älter sein als der adoptandus (I. 1, 11, 4: adoptio naturam imitatur; BGB. § 1744); Alimente, die bis zur Pubertät vermacht waren, mußten bei Knaben bis zum 18. Lebensjahre, bei Mädchen bis zum 14. ausbezahlt werden (D. 34, 1, 14, pr. und 1).

für den infans unmöglich; denn bei der das rR. beherrschenden Anschauung von der Unzulässigkeit einer unmittelbaren Stellvertretung (unten § 53) kann der tutor niemals im Namen seines Mündels handeln. Nur soweit es sich um Rechtsgeschäfte handelt, bei denen ein „fari" des infans unnötig ist, wie beim Erbschaftserwerb (D. 29, 2, 9; 36, 1, 67, 3), wird es für zulässig erklärt, daß der Vormund neben dem infans wie neben dem impubes infantia maior (s. u.) das Geschäft durch auctoritatis interpositio erledigt (vgl. D. 41, 2, 1, 5). In C. 7, 32, 3 ist aus praktischen Rücksichten (besonders für den Fall der Schenkung) der selbständige Besitzerwerb durch Übergabe seitens eines infans zugelassen.

b. Die impuberes infantia maiores, also Knaben von 7—14, Mädchen von 7—12 Jahr, sind beschränkt handlungsfähig.

1) Für ihre Geschäftsfähigkeit gilt der Satz: sie sind erwerbs- aber nicht selbständig veräußerungs- oder verpflichtungsfähig (I. 1, 21, pr.). Entleiht ein impubes zB. 100 HS, so erwirbt er die ihm übergebenen Geldstücke zu Eigentum; er kann aber nicht mit der condictio mutui auf Rückzahlung belangt werden, denn der Darlehnsvertrag ist nichtig, er haftet daher höchstens mit der condictio sine causa (unten § 113 b). Kauft er ein Pferd, so kann er auf Übergabe klagen, nicht aber auf den Kaufpreis verklagt werden. Das von ihm abgeschlossene Geschäft ist hiernach ein sog. negotium claudicans (vgl. D. 19, 1, 13, 29: Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus; nam qui emit, obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat; anders BGB. § 109). Zur Eingehung eines Verpflichtungsgeschäfts ist ein unter patria potestas stehender impubes ebensowenig wie ein infans imstande; für ihn muß im eigenen Namen der pater familias handeln. Dagegen sind die vaterlosen, daher unter tutela stehenden impuberes sui iuris in der Lage, unter Zuziehung ihres tutor rechtsgültige Verpflichtungen einzugehen. Bei der Unzulässigkeit unmittelbarer Stellvertretung kann auch hierbei nicht ein Handeln des

Vormunds namens des Mündels in Frage kommen; vielmehr handelt der impubes persönlich und im eigenen Namen (C. 6, 30, 5) und die Rechtswirksamkeit tritt dadurch ein, daß der bei dem Rechtsakt gegenwärtige tutor (I. 1, 21, 2) seine Einwilligung erklärt (sog. auctoritatis interpositio). Die nachträglich (post tempus) oder schriftlich (per epistulam) abgegebene Zustimmung würde das Geschäft nicht giltig machen (D. 26, 8, 9, 5; anders BGB. § 108). Verpflichtungsgeschäfte, bei denen die Mitwirkung des tutor ausgeschlossen ist, können die impuberes überhaupt nicht vornehmen. Dazu gehören die Eheschließung und die Testamentserrichtung; impuberes sind daher eheunmündig (I. 1, 10, pr., können sich aber verloben, D. 23, 1, 14) und testierunfähig (D. 28, 1, 5); vgl. BGB. §§ 1303, 2229 Abs. 2.

2) Für Delikte haften impuberes infantia maiores civilrechtlich, falls sie die zur Erkenntnis der Rechtswidrigkeit erforderliche Einsicht besaßen, „doli capaces" waren, was bei den pubertati proximi vermutet wird (D. 50, 17, 111, pr.). Ehemals ließ man die Unmündigen für bestimmte Delikte haften.

β. Die puberes waren nach älterem rR., wie erwähnt, völlig geschäfts- und deliktsfähig. Erst durch eine lex Plaetoria (184 v. Chr.) wurde in Ansehung der Geschäftsfähigkeit das 25. Lebensjahr (aetas legitima) bedeutsam, sodaß nunmehr vier Altersstufen in Betracht kommen: infantes (Kinder), impuberes infantia maiores (Unmündige), puberes minores viginti quinque annis s. annorum (Minderjährige), maiores XXV annis (Volljährige); erst diese letzteren besitzen die volle Geschäftsfähigkeit.

a. Die lex Plaetoria — in erster Linie ein Strafgesetz gegen Auswucherung jugendlicher Personen (circumscriptio adulescentium), also ähnlich wie StGB. §§ 302, 302 a — schuf nämlich zu Gunsten der minores XXV annis zwei Schutzmaßregeln: einmal eine Einrede (exceptio legis Plaetoriae) gegen die von ihnen zu ihrem Schaden eingegangenen Geschäfte[2]) und ferner die Möglichkeit, daß

[2]) Vgl. Plautus, Pseudolus 1, 3, 69: lex me perdit quinavicenaria, metuunt credere omnes.

sie aus besonderen Gründen (propter lasciviam vel dementiam) — falls sie nicht unter väterlicher Gewalt standen — zur Verwaltung ihres Vermögens einen curator erhalten können. Durch das prätorische Recht wurde den minores als weitere Vergünstigung die in integrum restitutio gegen nachteilige Geschäfte, die sie während der Minderjährigkeit abgeschlossen hatten, gewährt (D. 4, 4, 1, 1), u. zw. noch dann, wenn dies an ihrem 25. Geburtstage geschehen war, wenn nur vor der Geburtsstunde (Fall der naturalis computatio, unten § 55 d). Mark Aurel verstattete den minores XXV annis die Wahl eines curator (generalis) in allen Fällen, bestimmte aber ferner, daß sie gewisse wichtige Rechtsakte nicht ohne einen curator (generalis oder specialis) vornehmen könnten (Prozeßführung, Zahlungsempfang, Decharge d. h. Entlastung des abgehenden tutor), sodaß die Unterstellung der minores unter die cura tatsächlich die Regel bildete. Die Mitwirkung des curator (sog. consensus curatoris) konnte in jeder Form, auch schriftlich und vor, während oder nach dem vom minor selbst vorzunehmenden Rechtsakte erfolgen, während die auctoritatis interpositio mündlich in Gegenwart des Mündels und unmittelbar im Anschluß an seine Erklärung zu vollziehen war (S. 278).

b. Abgesehen von der Notwendigkeit der Mitwirkung eines Kurators zu den erwähnten Rechtsakten war die Geschäftsfähigkeit der minores, gleichgültig ob sie Hauskinder oder sui iuris waren (D. 44, 7, 39; 45, 1, 141, 2), und im letzteren Falle gleichgültig, ob sie einen Kurator hatten oder nicht, bis auf Diokletian unbeschränkt; insbesondere waren sie voll verpflichtungsfähig (D. 45, 1, 101: puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari). Erst Diokletian stellte in der sehr umstrittenen l. 3 C. 2, 21 die unter cura stehenden minores den unter cura gestellten (entmündigten) Verschwendern gleich und erklärte sie demgemäß ohne den Konsens ihres Kurators für veräußerungs- und (nach der richtigen Meinung auch für) verpflichtungsunfähig. Die nicht unter cura stehenden minores blieben verpflichtungs-

fähig, vorbehaltlich des Anspruchs auf in integrum restitutio[3]).

---

[3]) a. In Deutschland wurde dieser verwickelte Rechtszustand vereinfacht durch die Reichspolizeiordnungen von 1548 und 1577. Diese für die Entwickelung des Vormundschaftswesens überhaupt bedeutungsvollen (D. § 93 b) Reichsgesetze bestimmten unter Beseitigung der römischen Unterscheidung zwischen der (obligatorischen) tutela impuberum und der (nur fakultativen) cura minorum, daß den nicht unter väterlicher Gewalt stehenden „Pupillen und minderjährigen Kindern jederzeit, bis sie zu ihren voigtbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorsteher gegeben werden". Damit waren die puberes minores den impuberes infantia maiores in Ansehung ihrer Geschäftsfähigkeit gleichgestellt, was die Praxis auch auf die unter väterlicher Gewalt stehenden Minderjährigen ausdehnte: alle mehr als 7 Jahr alten minores waren erwerbs-, aber nur mit Genehmigung des Vaters oder Vormunds veräußerungs- und verpflichtungsfähig. Die Erreichung der Pubertät (des 14. und 12. Lebensjahrs) behielt nur noch für die Eheschließung und die Testamentserrichtung Bedeutung. Der Unterschied in der Form der auctoritatis interpositio tutoris und des consensus curatoris war damit beseitigt. Es genügte Zustimmung des Gewalthabers in irgend einer Form.

b. Auf dem so fortentwickelten Gemeinen Rechte beruht das BGB.

1. Nach §§ 104 ff. ist ein noch nicht 7 Jahr altes Kind völlig geschäftsunfähig, ein älterer Minderjähriger beschränkt geschäftsfähig, nämlich erwerbs-, aber nur mit Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters veräußerungs- und verpflichtungsfähig. Doch gibt es hiervon einige Ausnahmen (Erfüllung mit Mitteln, die dem Minderjährigen zu diesem Zweck oder zu freier Verfügung, zB. als Taschengeld, überlassen sind § 110, Ermächtigung des Minderjährigen zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts oder zum Eintritt in Dienst oder Arbeit §§ 112, 113).

Die Volljährigkeit (das BGB. sagt nicht „Groß"jährigkeit) tritt jedoch schon mit dem 21., nicht erst mit dem 25. Lebensjahre ein (§ 2, ebenso schon RG. vom 17. Februar 1875); die Volljährigkeitserklärung ist nach vollendetem 18. Lebensjahre zulässig (§§ 3—5, 1847).

Die Testierfähigkeit beginnt mit dem 16. (nur durch mündliche Erklärung vor Richter oder Notar, §§ 2229, 2238, 2247), die Ehemündigkeit für Frauen mit dem 16. Lebensjahre (Dispensation zulässig), für Männer mit der Volljährigkeit (oder Volljährigkeitserklärung, § 1303, Dispensation unzulässig). Eidesfähig ist man mit 16 Jahren (CPO. §§ 393, 473, StPO. § 56).

2. Kinder unter 7 Jahren sind deliktsunfähig (§ 828 Abs. 1), Minderjährige von 7—18 Jahren für Schaden, den sie einem Anderen zufügen, nur verantwortlich, sofern sie bei der Begehung die zur Er-

γ. Eine vorzeitige Volljährigkeit wurde durch die vom Kaiser (in Deutschland vom Gericht) zu gewährende Volljährigkeitserklärung (venia aetatis) den mehr als 20 Jahr alten Männern und den mehr als 18 Jahr alten Frauen ermöglicht (l. 2 C. de his qui veniam aetatis impetraverunt 2, 44). Die für volljährig Erklärten hatten die Rechtsstellung der Volljährigen (also auch keine in integrum restitutio, C. 2, 44, 1); nur waren sie für die Veräußerung und Verpfändung von Grundstücken an die Einwilligung des Vormundschaftsgerichts gebunden (C. 2, 44, 3); anders BGB. § 3 Abs. 2.[4])

2. Gesundheit.

a. Körperliche Gebrechen.

Nach rR. (I. 1, 23, 4) können Taube, Stumme und Blinde einer Pflegschaft (cura debilium personarum) unterstellt werden[5]), ohne daß sie dadurch jedoch in ihrer eigenen Handlungsfähigkeit beschränkt werden. Blinde dürfen nur mündlich zu Protokoll und unter Zuziehung eines achten Zeugen (octavus testis subscriptor) oder Notars, Stumme nur schriftlich sua manu testieren. Taubstummgeborenen fehlt die testamenti factio activa gänzlich. Taube oder Stumme können keinen Verbalkontrakt (Stipulation, unten § 73 b) abschließen (D. 45, 1, 1, pr.).

---

kenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht haben (§ 828 Abs. 2), Minderjährige über 18 Jahren sind voll deliktsfähig.

Anders sind die Abstufungen im StGB. §§ 55 ff. (keine Strafverfolgung der noch nicht 12 Jahre alten, bedingte Zurechnungsfähigkeit der 12—18 Jahr alten, volle Zurechnungsfähigkeit der mehr als 18 Jahre alten Minderjährigen).

[4]) Keinen Einfluß auf die Handlungsfähigkeit hat (von einzelnen Bestimmungen öffentlich-rechtlicher Art abgesehen: Recht zur Ablehnung von öffentlichen Ämtern, D. 50, 5, 2, 1 und von Vormundschaften, I. 1, 25, 13 mit 70 Jahren, Befreiung vom Kriegsdienste mit 60 Jahren) die Erreichung der senectus; ebensowenig die körperliche Rüstigkeit (anders nach deutschem Recht, D. § 64 b 1).

[5]) Ähnlich BGB. § 1910. Vgl. ferner §§ 828 (Verantwortlichkeit Taubstummer, StGB. § 58), 2238, 2243 (Blinde können nur mündlich, Stumme nur schriftlich testieren).

Vorübergehende Krankheit hat keinen Einfluß auf die Handlungsfähigkeit, wird aber, insofern sie die Vornahme einer Rechtshandlung hindert (sog. morbus sonticus) als Entschuldigungsgrund bei Versäumung von Terminen und Fristen beachtet (D. 21, 1, 65, 1; 42, 1, 60; 50, 16, 113).

β. Geisteskrankheit.

Nach den 12 Tafeln unterstanden offenbar Wahnsinnige (furiosi) von Rechts wegen der cura ihrer Agnaten. Später erhielten auch sonstige Geisteskranke (dementes, fatui) vom Prätor Kuratoren (cura furiosi). Die Geisteskrankheit hebt die Handlungsfähigkeit völlig auf. Die Geisteskranken sind also weder geschäfts- noch deliktsfähig (D. 9, 2, 5, 2). Aber sie sind es nach röm. Anschauung nur, solange sie unter dem Drucke der Krankheit stehen; in lichten Augenblicken (lucida intervalla) sind sie völlig handlungsfähig (C. 5, 70, 6).[6]) Umgekehrt sind sonst Gesunde für Handlungen, die sie im Zustande vorübergehender Geistesstörung (sinnlose Trunkenheit, Epilepsie) begehen, nicht verantwortlich[7]).

γ. Verschwendung.

Schon nach uraltem, in den 12 Tafeln vermutlich kodifizierten[8]) Gewohnheitsrecht konnte dem Verschwender

---

[6]) Das BGB. (§§ 6, 104 ff.) unterscheidet: Geisteskrankheit und Geistesschwäche. Geisteskranke sind gleich Kindern unter 7 Jahren völlig geschäftsunfähig, Geistesschwache (mit nicht völlig aufgehobener, sondern nur herabgesetzter Willensfähigkeit) sind gleich Minderjährigen über 7 Jahren (S. 276) erwerbs-, aber nicht selbständig veräußerungs- und verpflichtungsfähig. Beide Arten geistiger Minderwertigkeit werden im Entmündigungsverfahren (CPO. §§ 645 ff.) festgestellt. Während der Dauer der Entmündigung werden lucida intervalla nicht beachtet. Über die Deliktsfähigkeit Geisteskranker vgl. BGB. § 827, über ihre strafrechtliche Verantwortlichkeit StGB. § 51.

[7]) In D. 24, 2, 3 wird eine im color iracundiae von dem Mann ausgesprochene Ehescheidung als unwirksam behandelt. Zur Klagebegründung gegen das testamentum inofficiosum (s. u.) fingierte man anfangs, der Testator sei beim Testamente quasi non sanae mentis gewesen (D. 5, 2, 2 und 5). Vgl. BGB. §§ 104[2], 827.

[8]) Vgl. D. 27, 10, 1, pr.: Lege duodecim tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio. quod moribus

(prodigus) „exemplo furiosi“ (D. 27, 10, 1) die Fähigkeit zur Vornahme von Rechtsgeschäften, sowie die Verwaltung („commercio interdicere“) seines Vermögens entzogen („bonis interdicere“) und einem curator prodigi übertragen werden. Nach justin. Recht ist der interdizierte Verschwender gleich einem Unmündigen (S. 277) erwerbs- aber nicht verpflichtungsfähig (D. 45, 1, 6) und entbehrt auch die Testierfähigkeit (D. 28, 1, 18, pr.).[9]) Auf die Deliktsfähigkeit hat die Interdiktion natürlich keinen Einfluß.

3. Geschlecht.

Die heute fast durchgeführte (S. 223) Gleichstellung der Geschlechter (Frauenemanzipation) war dem rR. unbekannt.

a. Die römische Frau blieb anfänglich ihr Leben lang unter der Aufsicht eines Mannes, entweder des pater familias oder — falls sie durch Eingehung einer Manusehe (§ 145 c 3) aus der angestammten Familie ausschied — ihres Ehemanns, oder, falls sie weder einer patria potestas noch einer manus unterstand, unter der tutela legitima des nächsten Agnaten, als Freigelassene ihres Patrons. Befreit waren nur die Vestalinnen und nach der lex Iulia et Papia (S. 103[5]) Frauen, die als Freie drei, als Freigeborene vier

---

quidem ab initio introductum est; sed solent hodie praetores vel praesides, si talem hominem invenerint, qui neque tempus neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit, curatorem ei dare exemplo furiosi. Ursprünglich war nur die Vergeudung der bona paterna Entmündigungsgrund. Zu weit geht D. 50, 17, 40: Furiosi vel eius, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est.

[9]) Nach BGB. § 6[2] ist die Entmündigung einer Person als Verschwender (CPO. §§ 680 ff.) nur zulässig, wenn durch die Vermögensvergeudung die Gefahr eines Notstands begründet wird. Der entmündigte Verschwender ist gleich einem mehr als 7 Jahr alten Minderjährigen beschränkt geschäftsfähig (§ 114). Er ist ferner und zwar schon von Stellung des Antrags an testierunfähig (§ 2229 Abs. 3).

Unter den gleichen Voraussetzungen und mit ähnlichen Folgen ist durch BGB. § 6[3] die sozialpolitisch (vgl. StGB. § 366[5]) wichtige Entmündigung wegen Trunksucht eingeführt.

Kinder hatten[10]). Nach Ulp. fragm. 11, 1 ist diese tutela mulierum vorgeschrieben „propter sexus infirmitatem et forensium rerum ignorantiam". Gajus (G. 1, 190) erklärt aber die Begründung der Frauentutel aus der „levitas animi" der Weiber für eine magis speciosa quam vera ratio und führt aus, daß der wahre Grund in dem Bestreben zu finden sei, das Frauenvermögen den Agnaten als den (in früherer Zeit allein in Betracht kommenden, S. 154) gesetzlichen Erben zu erhalten. Das ergibt auch die Gestaltung der Frauentutel. Die mündige Frau war geschäftsfähig und verwaltete ihr Vermögen grundsätzlich selbständig, nur konnte sie gewisse und zwar gerade die die familia (das ererbte Hausgut) im Gegensatz zur pecunia (S. 61[5]) betreffenden Akte des ius civile nicht ohne ihren tutor vornehmen, der sie somit durch Verweigerung der auctoritatis interpositio an der Vornahme dieser Rechtsgeschäfte und damit an der Zuwendung der wichtigeren Vermögensstücke an einen Fremden hindern konnte. Die Frau konnte nämlich ohne ihren tutor keine res mancipi veräußern, keine Verpflichtungen übernehmen, keine dos bestellen, keine Erbschaft erwerben, kein Testament machen und keine gerichtliche Handlung (lege agere) vornehmen (G. 1, 192). Daß bei der tutela legitima des nächsten Agnaten vorwiegend dessen, und nicht der Frau Interesse maßgebend war, zeigte sich auch in der Bestimmung, daß die tutela legitima auch solchen Agnaten zufiel, die wegen Abwesenheit, Unmündigkeit oder Wahnsinn zu ihrer Ausübung nicht imstande waren und daß der tutor legitimus sein Recht im Wege einer in iure cessio auf einen Anderen (tutor cessicius) übertragen konnte. In ersterem Falle erhielt die Frau, falls die auctoritatis interpositio erforderlich wurde, einen tutor dativus durch den Prätor (G. 1, 168 ff.).

Die tutela legitima war für die Frauen äußerst lästig, denn sie waren für alle erheblicheren Geschäfte vom guten

[10]) Das ius trium vel quatuor liberorum, das auch für die Erwerbsfähigkeit aus Testamenten Bedeutung hat (s. u.), wurde in der Kaiserzeit auch kinderlosen Frauen durch kaiserliches Privileg verliehen.

Willen des Geschlechtsvormunds abhängig. Claudius hob daher die tutela legitima auf. Jedoch blieb trotz der lex Claudia die legitima parentum ac patronorum in ihrer bisherigen Schärfe erhalten (G. 1, 157, vgl. aber 2, 122). Schon vorher wurde sie dadurch umgangen, daß die Frau unter bestimmten Voraussetzungen statt des tutor legitimus einen tutor alterius generis erhalten konnte, der im Gegensatz zu jenem nur eine formelle Stellung hatte. Während nämlich der tutor legitimus, wenn er die von der Frau erforderte auctoritatis interpositio ablehnte, nur ex magna causa (G. 1, 192) vom Prätor zu deren Erteilung angehalten werden konnte, war gegenüber dem tutor alterius generis ein solcher Zwang (wie man heute sagen würde: Ersetzung der Genehmigung des Vormunds durch das Vormundschaftsgericht, zB. BGB. § 1812 Abs. 2) in allen Fällen zulässig. Ein tutor alterius generis konnte an Stelle des tutor legitimus treten, wenn der Mann in seinem Testamente der in manu befindlichen Frau einen solchen bestellte (tutor testamentarius) oder ihr die Wahl eines Vormunds (tutor optivus), sei es für bestimmte (optio angusta) oder für alle Male (optio plena), überließ und ferner durch Eingehung einer zum Schein (dicis causa, tutelae evitandae causa) geschlossenen Manusehe mit einem Fremden, meist einem Greise; dann entließ der Scheinehemann gemäß der Abrede (pactum fiduciae, S. 158[5]) die Frau aus der manus und wurde nun ihr tutor fiduciarius mit der geringeren Stellung eines tutor alterius generis.

In der 4. Periode war die Frauentutel völlig veraltet.

Eine weitere Beschränkung ihrer Handlungsfähigkeit erleiden die Frauen auch in Ansehung des bürgerlichen Rechts durch den das rR. auch noch in der letzten Zeit beherrschenden Grundsatz, daß das Weib in allen Angelegenheiten öffentlich-rechtlicher Natur nicht mitzusprechen habe (heute im Anschluß an 1. Kor. 14, 34 durch den Satz ausgedrückt: mulier taceat in ecclesia).[11]) Sie können daher vor allem als Solennitätszeugen (d. h. in Fällen, in denen die

[11]) D. 50, 17, 2, pr.; vgl. S. 223.

Zuziehung von Zeugen zur Form des Rechtsgeschäfts gehört, zB. bei der Testamentserrichtung) nicht mitwirken, und zwar für sich, aber nicht für andere vor Gericht auftreten[12]).

β. Die vorstehend aufgeführten Beschränkungen stellen sich als privilegia odiosa der Frauen dar. Ihre „animi levitas" und „forensium rerum ignorantia" hat aber auch Beschränkungen ihrer Geschäftsfähigkeit in ihrem eigenen Interesse veranlaßt (sog. beneficia muliebria). Dazu gehört die außergewöhnliche Berücksichtigung des Rechtsirrtums bei Frauen (unten § 45 d) und vor allem die Interzessionsbeschränkungen, d. h. die Erschwerung des Eintretens für fremde Verbindlichkeiten.

Durch Edikte von Augustus und Claudius wurde die Interzession (Bürgschafts- oder Schuldübernahme) zunächst der Ehefrauen für ihre Ehemänner, dann durch das S. C. Velleianum (46 n. Chr.) der Frauen überhaupt verboten. Gegen Klagen aus übernommenen Verbindlichkeiten wurde den Frauen eine exceptio S. C. Velleiani gewährt, es sei denn, daß die Frau den Gläubiger getäuscht oder die Interzession gegen Entgelt geleistet hatte. Die Interzession war hiernach nicht ipso iure nichtig, sondern nur ope exceptionis anfechtbar. Justinian dagegen führte Nichtigkeit jeder Weiberinterzession ein, die nicht öffentlich (instrumento publice confecto et a tribus testibus subsignato) beurkundet war, und bestimmte endlich in Novelle 134, von der die Glossatoren einen Auszug als Authentica „Si qua mulier" zu l. 22 C. ad S. C. Velleianum 4, 29 machten, daß Interzessionen von Ehefrauen für ihre Ehemänner stets, also auch bei Beobachtung der vorgeschriebenen Form, nichtig sein sollten[13]).

---

[12]) Über Grund und Anlaß dieser durch den Prätor eingeführten Maßregel bestimmt D. 3, 1, 1, 5: ratio quidem prohibendi, ne contra pudicitiam sexui congruentem alienis causis se immisceant, ne virilibus officiis fungantur mulieres: origo vero introducta est a Carfania (die „Calefurnia" des Sachsenspiegels II, 63, 1, vgl. D. § 47[4]) improbissima femina, quae inverecunde postulans et magistratum inquietans causam dedit edicto.

[13]) Bei der Rezeption wurden diese Grundsätze dahin verändert, daß die Interzession stets gültig sein sollte, wenn die Frau sie eidlich

4. Familienstand.

a. Die Stellung einer Frau als Ehefrau führt nach rR. eine Beschränkung ihrer Geschäftsfähigkeit nicht herbei. Ja im Gegensatze zum modernen Rechte (BGB. §§ 1363, 1395 ff.) erleidet sie durch ihre Verheiratung, soweit sie nicht eine Manusehe einging, sogar hinsichtlich der Verfügungsbefugnis (S. 275) über ihr Vermögen an sich keine Einbuße. Nur die von ihr als Heiratsgut (dos) bestimmten Vermögensstücke, nicht auch ihr sonstiges Vermögen (paraepherna), gehen in das Eigentum des Mannes über und werden damit ihrer Verfügungsgewalt entzogen. Viel energischer wirkt die Eingehung der schon in der ersten Kaiserzeit unpraktischen (unten § 145c zu besprechenden) Manusehe; hierbei geht im Wege einer adquisitio per universitatem (S. 267) das gesamte gegenwärtige und zukünftige Aktivvermögen ipso iure in das Eigentum des Mannes über. Ihre Geschäftsfähigkeit ist aber hierbei ebensowenig beeinträchtigt, wie die der Hauskinder, denen sie überhaupt gleichsteht (filiae familias loco).

β. Auch das mündige Hauskind ist nach rR. in seiner Geschäftsfähigkeit nur insofern beschränkt, als es nach dem S. C. Macedonianum (unten § 95 b) nicht ohne Genehmigung des Gewalthabers darlehnsfähig ist; es ist also insbesondere verpflichtungsfähig. Da das Hauskind aber nach früherem Recht mit Rechtsnotwendigkeit alles für den pater familias erwirbt (S. 155), so hat es anfänglich die Verfügungsbefugnis nur über das ihm vom Gewalthaber als peculium profecticium zur selbständigen Verwaltung überlassene Sondervermögen, erst später auch

---

bestärkt oder in einer öffentlichen Urkunde nach Belehrung (Certioration) auf die ihr zustehende Rechtswohltat verzichtet hatte.

Im 19. Jahrhundert sind die Interzessionsbeschränkungen der Frauen fast völlig beseitigt worden. Für Handel und Gewerbe treibende Frauen geschah dies durch verschiedene Reichsgesetze, im übrigen partikularrechtlich. Bis zum 1. 1. 1900 bestanden Interzessionsbeschränkungen für Frauen nur in Württemberg, Reuß und Lippe. Das BGB., das keinerlei Sonderstellung der Frau in dieser Hinsicht anerkennt, hat auch diese Reste mit seinem Inkrafttreten beseitigt.

über gewisse von ihm erworbene und ihm angefallene Vermögensteile (peculium castrense und quasi castrense, bona adventicia irregularia, S. 165).[14])

Zweiter Titel. Willenserklärung (BGB. §§ 116—144).

§ 45. Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung.

Eine Willenserklärung, die auf Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges (Begründung, Änderung, Untergang von Rechtsverhältnissen) gerichtet und nach der Rechtsordnung hierzu geeignet ist (oben S. 268), pflegt man als Rechtsgeschäft (in den Quellen negotium, gestum, zB. D. 4, 4, 1, 1) zu bezeichnen. Eine solche Willenserklärung kann nun aber den erstrebten Erfolg grundsätzlich nur dann haben, wenn die beiden in diesem Begriffe enthaltenen Elemente, der Willensentschluß, und die diesen der Außenwelt mitteilende Erklärung, miteinander übereinstimmen. Unter gewissen Umständen fehlt es an dieser Übereinstimmung, und es fragt sich dann, was Geltung behält, das Gewollte oder

---

[14]) Als nach den Bestimmungen der Reichspolizeiordnungen die nicht unter väterlicher Gewalt stehenden mündigen Minderjährigen in ihrer Geschäftsfähigkeit den unmündigen Minderjährigen gleichgestellt wurden (S. 280[9]), wurde dieser Grundsatz auch auf die unter väterlicher Gewalt stehenden Minderjährigen ausgedehnt, sodaß also nach Gemeinem Recht alle Minderjährigen von 7—25 (später 21) Jahren beschränkt geschäftsfähig, d. h. zwar selbständig erwerbs- aber nur mit Genehmigung des Gewalthabers (Vaters oder Vormunds) veräußerungs- und verpflichtungsfähig waren. Volljährige Hauskinder waren dagegen nach Gemeinem Recht — von ihrer beschränkten Darlehnsfähigkeit und der mangelnden Verfügungsbefugnis über das nicht freie Vermögen (bona adventicia regularia) abgesehen — selbständig veräußerungs- und verpflichtungsfähig.

Nach BGB. endet die elterliche Gewalt spätestens mit der Volljährigkeit des Hauskindes; es gibt also keine volljährigen Hauskinder mehr, und die Eigenschaft eines Hauskindes hat daher, da minderjährige Hauskinder und andere Minderjährige in ihrer Geschäftsfähigkeit auch nach BGB. gleichstehen, überhaupt keine Bedeutung für die Geschäftsfähigkeit.

das davon abweichend Erklärte[1]). Die Beantwortung dieser Frage ist nach römischem wie nach modernem Rechte von der Art des die Nichtübereinstimmung veranlassenden Umstands abhängig.

a. Bewußter Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung.

Vielfach werden Willenserklärungen abgegeben, deren Nichtübereinstimmung mit dem wahren Willen des Erklärenden diesem bewußt ist.

1. Mentalreservation.

Reservatio mentalis nennt man den inneren Vorbehalt desjenigen, der eine Willenserklärung abgibt, das Erklärte nicht zu wollen. Ein derartiger Vorbehalt ist bedeutungslos. Maßgebend ist also das Erklärte, es sei denn, daß der Erklärungsempfänger den Vorbehalt kennt, dann ist die Erklärung nichtig (vgl. BGB. § 116).

2. Simulation.

Ein simuliertes oder Scheingeschäft[2]) liegt vor, wenn die bei einem Vertrage oder einem einseitigen, aber einer

---

[1]) Im Gemeinen Rechte sind hierfür drei Theorien aufgestellt worden:

a. Nach der Willenstheorie (Savigny, Windscheid) kommt es ausschließlich auf den wahren Willen an. Ist dieser unrichtig erklärt und wird dies bewiesen, so ist das Rechtsgeschäft nichtig.

b. Nach der Erklärungstheorie (Leonhard, Kohler) kommt es umgekehrt ausschließlich auf das Erklärte an. Das Rechtsgeschäft ist also auch bei einem Zwiespalte zwischen Willen und Erklärung wirksam.

c. Nach der Vertrauens- (Verkehrs-, Läsions-) theorie (Dernburg, Regelsberger) ist bei Zwiespalt zwischen Willen und Erklärung das Geschäft regelmäßig nichtig. Es ist jedoch dann rechtsbeständig, wenn die Erklärung ihrem Empfänger als Ausdruck des wahren Willens des Erklärenden erscheinen konnte und mußte.

[2]) Mit den hier behandelten Scheingeschäften, bei denen zum Zweck einer Täuschung nach außen der Anschein eines in Wahrheit nicht vorgenommenen Geschäfts erweckt wird, nicht zu verwechseln sind die als Rechtsformen dienenden Scheingeschäfte, zB. die mancipatio nummo uno (S. 157) und die in iure cessio (S. 159[6]). Hierbei ist von einer Täuschung keine Rede (vgl. unten S. 291[4]).

bestimmten Person gegenüber abzugebenden (empfangsbedürftigen, S. 269) Rechtsgeschäfte Beteiligten in gegenseitigem Einverständnisse eine ihrem wahren Willen nicht entsprechende Erklärung abgeben. Bei der Mentalreservation spiegelt der Erklärende dem Erklärungsempfänger einen Willen vor, den er nicht hat, beim simulierten Geschäft sind der Erklärende und der Erklärungsempfänger an der Vorspiegelung beteiligt; dort ist also der Erklärungsempfänger, hier ein Dritter derjenige, der getäuscht werden soll.

Die einem Anderen mit seinem Einverständnisse nur zum Schein abgegebene Willenserklärung (Eigentumsübertragung, Kauf, Kündigung) ist diesem gegenüber jedenfalls bedeutungslos (BGB. § 117 Abs. 1); einem Dritten gegenüber, der sich auf ihre Rechtsbeständigkeit verläßt, kann sie nach dem, wenigstens das moderne Recht in vollem Umfange beherrschenden (BGB. §§ 892 ff., 932 ff.) Grundsatz des Schutzes des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten wirksam sein[8]).

Zuweilen wird ein simuliertes Geschäft vorgenommen, ohne daß die Beteiligten überhaupt ein Geschäft abschließen wollen, so bei den „Schiebungen" seitens zahlungsunfähiger Schuldner (Anm. 3). Vielfach aber wollen die Beteiligten ein Geschäft vornehmen, verdecken dies jedoch aus besonderen Gründen, indem sie nach außen hin ein anderes vorspiegeln. Dann nennt man das erklärte, aber nicht gewollte Geschäft simuliert, das gewollte, aber nicht erklärte Geschäft dissimuliert (Hexameter: quae non sunt simulo, quae sunt ea dissimulantur); zB. A will dem B ein Pferd schenken, zur Umgehung des Formerfordernisses des § 518 BGB. verkauft er es ihm für eine Kleinigkeit: der Kauf ist simuliert, die Schenkung dissimuliert (vgl. zB. D. 18, 1, 36 und 38; 19, 2, 46). Das simulierte Geschäft ist in jedem

[8]) ZB. A läßt sein Grundstück, um es dem Zugriff seiner Gläubiger zu entziehen, nach Vereinbarung mit B diesem auf. B verkauft es an C und läßt es ihm auf; dann kann A das Grundstück von C zurückverlangen, wenn C wußte, daß B's Eintragung als Eigentümer im Grundbuch auf einer simulierten Auflassung beruhte, nicht aber, wenn er gutgläubig war. Vgl. unten § 123[9].

Falle nichtig; ob das dissimulierte gilt, richtet sich nach rR. (C. 4, 22: Plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur) und BGB. (§ 117 Abs. 2) nach den für dieses Geschäft geltenden Vorschriften. Es kommt also darauf an, ob die für das dissimulierte Geschäft gegebenen Vorschriften nach Form und Inhalt beachtet sind. Ein in einen Kaufvertrag gekleidetes Schenkungsversprechen ist also zB. nach BGB. nur gültig, wenn dem Formerfordernis des § 518 genügt ist[4]).

3. Mangel der Ernstlichkeit.

Eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung, die in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, ist nichtig (BGB. § 118); so wenn sie im Scherz, als Lehrbeispiel, in einem Theaterstück abgegeben ist (D. 44, 7, 3, 2: per iocum vel demonstrandi causa). Durch den Mangel der Täuschungsabsicht unterscheidet sich die nicht ernstliche von der simulierten Willenserklärung, durch die Erwartung, die Nichternstlichkeit werde erkannt werden, von der unter einer Mentalreservation abgegebenen. Steht fest — was der Erklärende beweisen muß —, daß die nicht ernstliche Erklärung in dieser Erwartung abgegeben ist, dann wird sie auch

---

[4]) Mit den simulierten Geschäften sind die fiduziarischen nicht zu verwechseln. Bei diesen wählen die Beteiligten, um einen bestimmten wirtschaftlichen Erfolg zu erreichen, eine Rechtsform, die einen weiteren als den eigentlich bezweckten Erfolg herbeiführt. Der eine Teil „vertraut" hierbei (daher der Name), daß der andere von der ihm eingeräumten Rechtsmacht keinen vertragswidrigen Gebrauch machen wird. ZB. A will dem B eine Sache verpfänden; er überträgt sie ihm aber zu Eigentum, sei es, daß das Recht keine eigentliche Verpfändung kennt (so entstand die fiducia des ältesten rR., unten § 140 b) oder nur eine Verpfändung durch Übergabe zuläßt, während der Verpfänder die Sache doch nicht aus der Hand geben will (so nach BGB. § 1205 bei beweglichen Sachen).

Derartige fiduziarische Geschäfte sind nicht simuliert; denn sie sind von den Beteiligten ernstlich gewollt. Es kann sich nur fragen, ob die Beteiligten die benutzte Rechtsform gewählt haben, um ein Verbotsgesetz zu umgehen; dann ist das Geschäft, als in fraudem legis vorgenommen, nichtig.

dadurch nicht wirksam, daß der Erklärungsempfänger oder ein dritter Interessent sie als ernstliche aufgefaßt hat. Nur kann in solchem Falle der Erklärende zum Ersatze des Schadens verpflichtet sein, den jemand dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut (BGB. § 122, sog. negatives Interesse, unten § 73[21]).

b. Unbewußter Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung (Irrtum).

1. Begriff des Irrtums.

Irrtum ist der dem Erklärenden nicht zum Bewußtsein gekommene Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung. Dieser Zwiespalt kann entweder darauf beruhen, daß etwas anderes als das ernstlich Gemeinte erklärt ist (Erklärungsirrtum, zB. Maler A will für ein Bild 100 Taler haben, fordert aber infolge Verschreibens 100 Mark, was der Käufer B annimmt, vgl. D. 28, 5, 9, pr.); oder darauf, daß die abgegebene Erklärung selbst gewollt ist, aber die Vorstellung von der rechtlichen Bedeutung des Erklärten irrig ist (Geschäftsirrtum, zB. mein Papierhändler schickt mir zu Weihnachten einen Abreißkalender zu; ich behalte ihn in der Meinung, er sei eine Zugabe, also ein Geschenk, später stellt sich heraus, daß der Kalender mir nur zur Ansicht, also zum Kauf, zugesandt war). Mit dem Geschäftsirrtum ist der Irrtum im Beweggrunde (S. 271[5]) nicht zu verwechseln; bei jenem ist die Erklärung, bei diesem der dieser Erklärung zu Grunde liegende Wille durch einen Irrtum beeinflußt. Ein Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung ist beim Irrtum im Beweggrunde also tatsächlich nicht vorhanden, daher ist der Irrtum im Beweggrunde regelmäßig bedeutungslos (S. 298[3]); zB. mein Papierhändler schickt mir den Abreißkalender als Weihnachtsgabe in der Annahme zu, ich würde auch im nächsten Jahre sein Kunde bleiben, was nicht der Fall ist[5]).

---

[5]) Savigny bezeichnete den Irrtum im Beweggrunde, weil er unmittelbar eine Rechtswirkung hat, als echten Irrtum (zB. A

2. Einfluß des Irrtums.

a. Nicht jede falsche Vorstellung, sei sie ein Nichtwissen (error) oder ein Falschwissen (ignorantia) oder bei Verträgen eine mißverständliche Auffassung der gegnerischen Erklärung (dissensus) — wird vom Recht beachtet. Der Satz errantis nulla voluntas (D. 39, 3, 20) geht also zu weit. Der Irrtum, der auf den Rechtsbestand einer Willenserklärung von Einfluß ist, heißt (heute) wesentlich (error essentialis), der bedeutungslose Irrtum unwesentlich (error concomitans).

a. Zuweilen wird der Irrtum nur beachtet, wenn er entschuldbar ist, d. h. wenn der Irrende ohne grobes Verschulden (D. 22, 6, 9, 2) zu der irrigen Vorstellung gelangt ist (sog. error probabilis). Bei der Interzession einer Ehefrau (S. 286) und der Darlehnsaufnahme eines Hauskindes (unten § 95 b) fällt zB. die für die Regel eingreifende exceptio S. C. Velleiani und Macedoniani fort, wenn der Gläubiger der Frau oder des Hauskindes über deren Familienstand sich im Irrtume befand, dieser Irrtum muß aber entschuldbar sein (D. 16, 1, 17, pr., D. 14, 6, 3, pr.). Ferner ist die wegen irriger Zahlung einer Nichtschuld gegebene condictio indebiti (unten § 113 b) nur gegeben, wenn der Zahlende sich in entschuldbarem Irrtume befand (D. 22, 3, 25, pr.). Über den Einfluß der Entschuldbarkeit auf die Behandlung der im Irrtum abgegebenen Willenserklärung vgl. unten S. 296[10].

Für die Fälle, in denen nur der entschuldbare Irrtum beachtet wird, fragt es sich, ob nur der Irrtum in Tatsachen (error facti) oder auch eine irrige Vorstellung über das objektive Recht (error iuris) als entschuldbar anzusehen ist.

---

zahlt an B 1000 Mk. in der irrigen Meinung, sie ihm zu schulden, dann ist die dem A erwachsende condictio indebiti die unmittelbare Folge seines Irrtums); den Geschäftsirrtum dagegen bezeichnet er als unechten Irrtum, indem er ausführt, daß hierbei nicht der Irrtum als solcher eine unmittelbare Rechtswirkung hat, sondern nur die aus diesem Irrtum sich ergebende Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung.

Das ältere rR. stellte die dem damaligen leicht zu übersehenden Rechtszustande entsprechende Regel auf: iuris ignorantia cuique nocet, facti vero ignorantia non nocet (D. 22, 6, 9, pr.). Später (D. 22, 6 und C. 1, 18: De iuris et facti ignorantia) wird dieser Satz gemildert: auch der Rechtsirrtum wird als entschuldbar behandelt, wenn die Einholung der erforderlichen Rechtsbelehrung untunlich war (D. 22, 6, 9, 3) und er wird ferner Minderjährigen stets (D. 22, 6, 9, pr.), Frauen (D. 22, 6, 8), Soldaten (D. 22, 6, 9, 1) und Ungebildeten (rustici, D. 49, 14, 2, 7) in der Regel nachgesehen. Sehr bestritten ist der Sinn des in D. 22, 6, 7 wiedergegebenen Satzes Papinians: iuris ignorantia non prodest adquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet. Das BGB. stellt den Rechtsirrtum dem Tatsachenirrtum völlig gleich (s. Anm. 10).

b. Aber auch der entschuldbare Irrtum beeinflußt die Rechtswirksamkeit der abgegebenen Willenserklärung nach rR. nur dann, wenn er ist:

1) error in negotio, d. h. ein Irrtum über die Geschäftsart, zB. A übergibt dem B eine Sache damit er sie ihm verwahre, B glaubt, A wolle sie ihm schenken (D. 12, 1, 18: si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias);

2) error in persona, d. h. ein Irrtum über die Geschäftspartei[6]);

---

[6]) Vgl. die berühmte l. 32 D. de rebus creditis 12, 1 (Celsus): Si et me et Titium mutuam pecuniam (Darlehen) rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere iusserim; tu stipulatus sis, cum putares, eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? subsisto (ich trage Bedenken), si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed propius est, ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est.

Juventius Celsus gibt hier — in das moderne Geschäftsleben übersetzt — etwa folgenden Fall: A hatte sich an B und C wegen eines Darlehns gewandt. B weist seinen Bankier X an, für seine Rechnung an A 1000 Mk. zu zahlen. A nimmt die 1000 Mk. von

3) error in obiecto, d. h. ein Irrtum über den Geschäftsgegenstand [7]);

4) error in substantia et qualitate, d. h. ein Irrtum über Eigenschaften des Geschäftsgegenstands, die nach der Verkehrsanschauung als erheblich anzusehen sind [8]).

X in der Meinung an, sie seien ihm auf C's Veranlassung zugesandt. Dann ist, so lautet die Entscheidung, wegen dieses Irrtums des A in der Person seines Gläubigers ein Darlehen zwischen A und B nicht zustande gekommen. B habe auf Rückzahlung seines Geldes daher keinen Darlehnsanspruch (condictio mutui), sondern nur einen Anspruch aus der ungerechtfertigten Bereicherung (condictio sine causa; die später mit Rücksicht auf diese Stelle sog. condictio Iuventiana). Nach der heutigen Auffassung (S. 296[9]) wäre ein Darlehnsvertrag zwischen A und B sehr wohl zustande gekommen, denn dem A war es, da er sich ja an beide gewandt hatte, ganz gleichgültig, ob er das Darlehen von B oder von C erhielt.

[7]) Vgl. zB. D. 18, 1, 9, pr.: In venditionibus et emptionibus consensum debere intercedere palam est: ceterum sive in ipsa emptione dissentient sive in pretio sive in quo alio, emptio imperfecta est. si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est.

[8]) Nach älterem rR. war der error in substantia überhaupt einflußlos; nach späterem war er nur dann erheblich, wenn die irrig als vorhanden vorausgesetzte Eigenschaft die Gattungszugehörigkeit des Geschäftsgegenstands bestimmt. Daher galt als erheblich der Irrtum über das Geschlecht eines Sklaven, nicht aber über die Virginität einer Sklavin (D. 18, 1, 11), darüber, ob ein Gefäß von echtem oder unechtem Metall ist, nicht aber über den Feingehalt an echtem Metall (D. 18, 1, 10 und 14), darüber, ob eine Flüssigkeit Wein oder Essig sei, nicht aber über die Güte des Weins (vgl. die berühmte, auch das Fortschreiten der Verkehrsanschauung wiedergebende l. 9 § 2 D. 18, 1: Inde quaeritur, si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit, ut puta si acetum pro vino veneat, aes pro auro vel plumbum pro argento vel quid aliud argento simile, an emptio et venditio sit. Marcellus scripsit libro sexto digestorum emptionem esse et venditionem, quia in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum. ego in vino quidem consentio, quia eadem prope ὀξύα est, si modo vinum acuit: ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma, aliud pro alio venisse videtur. in ceteris autem nullam esse venditionem puto, quotiens in materia erratur).

Für das Gemeine Recht ist der allgemeine Grundsatz anzuerkennen, daß als wesentlich der Irrtum über solche Eigenschaften der

Ob ein error in quantitate wesentlich ist, hängt vom einzelnen Fall ab; er ist zB. wesentlich, wenn A dem B eine Sache für „100" verkauft, A Taler, B Mark meint, nicht aber im umgekehrten Falle (D. 50, 17, 110: in eo, quod plus sit, semper inest et minus).[9])

β. Liegt ein wesentlicher Irrtum vor, so ist ein wahrer Wille nicht erklärt, die Erklärung kann also nach der Rechtslogik keine Folgen haben, muß vielmehr nichtig sein (D. 34, 5, 3: qui aliud dicit quam vult, neque id dicit quod vox significat, quia non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur).[10])

Person oder der Sache gilt, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden. Dies hat BGB. § 119 Abs. 2 übernommen.

[9]) Das BGB. hat für den Begriff des wesentlichen Irrtums eine Generalklausel aufgestellt: nach § 119 Abs. 1 ist eine irrtümliche Erklärung dann anfechtbar (d. h. ein Irrtum dann wesentlich), wenn anzunehmen ist, daß der Erklärende sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falls nicht abgegeben haben würde. Dazu gehört, wie Anm. 8 erwähnt, jedenfalls der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden (§ 119 Abs. 2).

[10]) In der Tat haben die Anhänger der Willenstheorie (S. 289[1]) für das Gemeine Recht diese Folgerung mit aller Schärfe gezogen. Sie nehmen absolute Nichtigkeit der im wesentlichen Irrtum abgegebenen Erklärung an und zwar ohne zu unterscheiden, ob er entschuldbar oder unentschuldbar war und mit der Wirkung, daß auch der Gegner des Irrenden und jeder Dritte diese Nichtigkeit geltend machen könne. Die Anhänger der Erklärungs- und der Verkehrstheorie ließen dagegen meist nur relative Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Geschäfts durch den Irrenden eintreten; sie unterschieden ferner, soweit es sich um Verkehrsgeschäfte (d. h. um die den Vermögensverkehr vermittelnden entgeltlichen Geschäfte im Gegensatze zu den lukrativen sowie den familien- und erbrechtlichen) handelte, ob der Irrtum entschuldbar oder unentschuldbar war, und ließen die Anfechtung nur bei Entschuldbarkeit zu (Dernburg). Soweit das Geschäft unwirksam war, gaben die Anhänger beider Theorien dem Gegner einen Anspruch auf das negative Vertragsinteresse.

Nach BGB. §§ 119, 121, 122 ist die in wesentlichem Irrtum abgegebene Willenserklärung nicht nichtig, sondern nur seitens des Erklärenden und zwar unverzüglich (ohne schuldhaftes Zögern) nach erhaltener Kenntnis des Irrtums anfechtbar; gleichgültig ist es hierbei, ob es sich um tatsächlichen oder Rechtsirrtum, um ein Verkehrs- oder

§ 46. Betrug und Zwang.

Eine Willenserklärung kann unter Umständen die beabsichtigte Rechtswirkung nicht herbeiführen, obgleich sie dem Willen des Erklärenden im Augenblicke der Erklärung entspricht, also ein Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung, wie in den Fällen des § 45, garnicht vorliegt. Es handelt sich hierbei um eine rechtswidrige Einwirkung seitens einer Person auf den Willen des Erklärenden. Als solche Umstände kommen Zwang und Betrug in Frage.

a. Betrug.

1. Begriff.

Betrug im civilrechtlichen Sinne[1]) (dolus; fraus genannt, wenn er seitens des Schuldners auf Verkürzung der Gläubiger gerichtet ist) ist eine vorsätzliche rechtswidrige Täuschung bei einem Rechtsgeschäfte (machinatio quaedam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur, D. 4, 3, 1, 2). Der Betrug kann verübt werden durch Vorspiegelung erdichteter oder absichtliche Entstellung vorhandener Tatumstände oder durch Unterdrückung von Tatsachen, zu deren Mitteilung eine rechtliche Pflicht besteht, also durch Benutzung eines beim Gegner vorhandenen Irrtums.

---

ein anderes Geschäft handelt und ob der Irrtum entschuldbar ist oder nicht. Wird die Willenserklärung infolge der Anfechtung unwirksam, so ist das negative Vertragsinteresse zu ersetzen, auch hier ohne Unterschied, ob der Anfechtende entschuldbar oder unentschuldbar irrte.

Dem sonstigen Irrtum ist in BGB. § 120 der durch unrichtige Übermittelung entstandene Irrtum völlig gleichgestellt, was gemeinrechtlich streitig war.

[1]) Im strafrechtlichen Sinne (StGB. § 263) kommen zu dem Begriffsmerkmale der rechtswidrigen Täuschung als weitere Begriffsmerkmale hinzu, daß die Vorspiegelung zwecks Erlangung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils erfolgt und zu einer Vermögensbeschädigung eines Anderen geführt hat. Civilrechtlicher Betrug kann aber zB. auch bei einer Eheschließung in Frage kommen (Täuschung des Bräutigams über Virginität der Braut).

Es handelt sich also beim Betrug um die rechtswidrige Hervorrufung eines Irrtums beim Erklärenden, sei es, daß dieser Irrtum die Erklärungshandlung beeinflußt (der Versicherungsagent A liest dem B den vereinbarten über 5000 Mk. lautenden Versicherungsvertrag vor, ersetzt ihn aber, ehe B unterschreibt, heimlich durch einen über 50000 Mk. lautenden) oder den Erklärungswillen (A gibt dem B, um ihn zum Versicherungsantrag zu bewegen, die Prämie auf die Hälfte der wahren Höhe an). In den letzteren Fällen handelt es sich um Hervorrufung eines Irrtums im Beweggrunde. Ein derartiger Irrtum als solcher wird vom Rechte grundsätzlich[3]) nicht beachtet (falsa causa non nocet); ist er jedoch durch Betrug hervorgerufen, so werden ihm Rechtswirkungen beigelegt. Da hierbei nicht der Irrtum als solcher sondern die den Irrtum hervorrufende Täuschung Rechtsfolgen hat, treten diese nur dann ein, wenn zwischen der Täuschung und dem Willensentschluß ein Kausalnexus, d. h. das Verhältnis von Ursache und Wirkung, besteht.

2. Rechtsfolgen des Betrugs.

Das römische Recht (D. 4, 3, C. 2, 20: De dolo malo) gewährte bei bonae fidei negotia (unten § 61[14]) dem Betrogenen, der noch nicht erfüllt hatte, die exceptio doli (specialis, unten § 62 b 1) auch ohne besondere Verabredung (doli exceptio bonae fidei iudiciis inest). War die Leistung schon erfolgt, dann konnte der Betrogene sie

---

[3]) Das hängt von der Art des Rechtsgeschäfts (zB. besteht für Versicherungsgeschäfte ein besonderes „Recht auf Wahrheit" des Versicherers) und dem einzelnen Fall ab. Der in D. 4, 4, 16, 4 aufgestellte Satz: in emptionibus et venditionibus naturaliter licere contrahentibus se circumvenire ist jedenfalls als allgemeine Norm nicht anzuerkennen, insbesondere nicht für das BGB., das den Grundsatz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr nachdrücklich betont (§§ 157, 226, 242).

[3]) Der Irrtum im Motive hat nur Bedeutung als Voraussetzung der Rückforderung der Leistung auf eine Nichtschuld (condictio indebiti, unten § 113 b) und im Testamentsrecht (irrige Annahme des Todes oder der Verwandtschaft einer Person (vgl. D. 5, 2, 27, 4 und 5, 2, 28; 28, 5, 93; 49, 14, 46, pr., und BGB. §§ 2078, 2079).

durch die Kontraktsklage oder durch in integrum restitutio propter dolum zurückverlangen. Bei stricti iuris negotia kam dagegen dolus nur dann in Frage, wenn bei dem Vertragsschlusse, zB. einer Stipulation, als accidentale negotii die clausula doli beigefügt war: dolum malum (so nannte das prätorische Edikt die rechtswidrige böswillige Täuschung im Gegensatze zum dolus bonus, wie er zB. als Kriegslist dem Feinde, dem Räuber gegenüber zulässig sei, D. 4, 3, 1, 3) abesse et abfuturum esse. Erst durch ein Edikt des Prätors Cassius aus dem letzten Jahrhundert der Republik wurde die exceptio doli (specialis) auch bei stricti iuris negotia ohne weiteres gewährt. Durch ein Edikt des Prätors Aquilius Gallus (des Freundes Ciceros, um 66 v. Chr.) wird endlich eine allgemeine, aber nur subsidiär, d. h. beim Mangel aller anderen Rechtsmittel, anwendbare actio doli auf Schadenersatz geschaffen. Vgl. D. 4, 3, 1, 1. Verba edicti talia sunt: Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo. Die Klage ist also nur zulässig, wenn weder eine Kontraktsklage noch eine besondere auf den dolus gegründete Strafklage (unten § 114 b 5) noch die in integrum restitutio propter dolum Platz greift; sie verjährt in einem annus utilis, seit Konstantin in einem biennium continuum (unten § 55 e). Später und gegen die Erben von vornherein kann nur mit einer actio in factum die Bereicherung („dumtaxat de eo quod ad eos pervenit", D. 4, 3, 17, 1) verlangt werden. Die actio doli macht infam (S. 226), sie ist nur bei einem Schaden von mindestens 2 aurei zulässig, und Respektspersonen (Vater, Patron) gegenüber tritt an ihre Stelle eine den dolus nicht erwähnende, daher nicht infamierende actio in factum. Wie alle Rechtsmittel wegen dolus, geht auch die actio doli nur gegen den Betrüger (und mit der obigen Beschränkung gegen seine Erben), nicht gegen dritte[4]).

[4]) Das Gemeine Recht hat diese Grundsätze — aber ohne die infamierende Folge der actio doli und ihre Unzulässigkeit gegenüber Respektspersonen und bei geringfügigen Schäden — übernommen. Eine

b. Zwang.

1. Begriff.

Zwang ist die Bestimmung eines Anderen zur Vornahme oder Duldung einer Handlung gegen seinen Willen. Das Erzwingen kann erfolgen: entweder durch unmittelbare körperliche Überwältigung (vis absoluta, physischer Zwang, zB. zwangsweises Führen der Hand beim Unterzeichnen eines Wechsels) oder durch Erregung von Furcht (metus) mittels Drohung (vis compulsiva, psychischer Zwang, zB. Vorhalten eines Revolvers zur Herbeiführung der Unterzeichnung eines Wechsels).

Vis absoluta hat, wie unten darzulegen ist, stets die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge. Dagegen hat nicht jede Drohung eine Bedeutung für den Rechtsbestand eines erzwungenen Rechtsgeschäfts. Das rR. (D. 4, 2: Quod metus causa gestum erit — nämlich: ratum non habebit praetor; und C. 2, 19: De his quae vi metusve causa gesta sunt) knüpft die unten zu besprechenden Rechtsfolgen zunächst nur an eine Drohung, welche begründete

---

verbreitete Meinung unterschied (auf Grund von D. 4, 3, 7, pr. und D. 19, 1, 13, 4) zwischen dem dolus causam dans, d. h. einer Täuschung, durch welche der Getäuschte zur Vornahme des Rechtsgeschäfts erst veranlaßt wurde, und dem dolus incidens, d. h. einer Täuschung, die nicht die Vornahme des Rechtsgeschäfts veranlaßte, sondern nur seine Accidentalien (zB. Zeit, Art, Ort der Erfüllung) beeinflußte. Beim dolus causam dans sollte der Getäuschte nach seiner Wahl entweder die sog. Rescissionsklage auf Auflösung des Geschäfts oder die Differenzklage auf Ersatz des durch die Vorspiegelung erwachsenen Schadens haben. Beim dolus incidens dagegen soll der Betrogene das Geschäft selbst nicht anfechten, sondern nur die Differenz beanspruchen können.

Nach BGB. §§ 123, 124 kann eine Willenserklärung — binnen Jahresfrist seit Entdeckung der Täuschung, spätestens aber binnen 30 Jahren seit Abgabe der Willenserklärung — anfechten, wer zu ihrer Abgabe durch „arglistige Täuschung bestimmt worden ist". Nach durchgeführter Anfechtung gilt das Rechtsgeschäft gemäß § 142 als von Anfang an nichtig, die Anfechtung wirkt also „in rem"; während nach rR. die actio doli als persönliche Klage grundsätzlich nur gegen den Betrüger und seinen Universalsuccessor ging.

Furcht vor sofortiger, nicht abwendbarer Ausführung hervorrufen kann: metus praesens non suspicio inferendi eius; metus non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat, D. 4, 2, 9, pr.; 4, 2, 6. Sog. metus reverentialis — Ehrfurcht — genügt nicht. Die Drohung muß ferner widerrechtlich sein (metus iniustus ex parte inferentis), was zB. in den zahlreichen Fällen nicht zutrifft, in denen der Prätor mittels seines imperium jemanden zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts zwingt (praetoriae stipulationes, unten § 65 a). Auch muß sie zu dem Zweck angewandt sein, das Rechtsgeschäft herbeizuführen (metus consultus) und sich auf erhebliche Rechtsgüter beziehen (Leib, Leben, Freiheit, D. 4, 2, 5); nicht genügend ist timor maioris malitatis, die Bedrohung des guten Rufs und mit Prozessen (D. 4, 2, 7, pr.; C. 2, 19, 10).[5]) Endlich muß zwischen Drohung und Willenserklärung ein ursächlicher Zusammenhang bestehen und die Drohung dem Bedrohten einen Vermögensnachteil bringen. Wer zB. seinen Schuldner durch Drohungen zur Zahlung einer fälligen Schuld nötigt, unterliegt nicht der actio quod metus causa (D. 4, 2, 12, 2, möglicherweise aber wegen unerlaubter Selbsthülfe dem decretum divi Marci, unten § 59 b 1).

2. Rechtsfolgen des Zwanges.

Bei der durch körperliche Überwältigung (vis absoluta) hervorgerufenen Willenserklärung ist der Erklärende in Wahrheit nur Werkzeug des Überwältigers; seine anscheinende Erklärung ist daher (wegen des mangelnden Erklärungswillens, S. 288) rechtlich für ihn bedeutungslos, d. h. nichtig. Der durch Drohung (vis compulsiva) zu seiner Erklärung Veranlaßte hat dagegen seinen zur Zeit der Erklärung wirklich vorhandenen, wenn auch (ebenso wie beim Betruge, S. 297) in seiner Entstehung rechtswidrig beeinflußten, Willen kund-

[5]) Nach BGB. § 123 genügt jede widerrechtliche Drohung, durch die der Bedrohte zur Abgabe einer Willenserklärung sich hat bestimmen lassen (zB. Drohung mit einer Strafanzeige, einer Vermögens- oder Kreditgefährdung).

gegeben. Denn er hat, vor die Wahl gestellt, das angedrohte Übel über sich ergehen zu lassen oder die Erklärung abzugeben, letzteres gewählt[6]). Seine Erklärung ist daher nicht, wie die durch vis absoluta hervorgebrachte, rechtlich bedeutungslos, sondern höchstens in ihren Folgen zu beseitigen, d. h. anfechtbar. Zu diesem Zwecke diente zunächst die in integrum restitutio propter metum (D. 4, 2, 1 pr. Ait Praetor: Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo). Daneben stellt ein Prätor Oktavius 74 v. Chr. eine besondere actio (und exceptio) quod metus causa (formula Octaviana) auf, welche die prozessuale Gestalt einer actio arbitraria (unten § 61 b 2 γ) und die materielle Bedeutung einer actio in rem scripta (unten § 61 b 3 α) hat; d. h. die Klage (und Einrede) ist nicht nur gegen denjenigen, der die Willenserklärung erzwungen hatte, sondern auch gegen jeden am Zwang Unbeteiligten gegeben, der aus dem erzwungenen Geschäft einen Rechtserwerb gemacht hat oder geltend macht (Wirkung in rem D. 4, 2, 14, 3).[7])

---

[6]) D. 4, 2, 21, 5: Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia, quamvis si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui; sed per praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur.

[7]) Im Gegensatz zur actio doli (S. 299) wird deshalb der Urheber des Zwanges in der intentio der Klageformel nicht genannt; vgl. die Formel der exceptio metus (D. 44, 4, 4, 33): si in ea re nihil metus causa factum est, im Gegensatz zur exceptio doli (D. 44, 4, 2, 1): si in ea re nihil dolo malo actoris factum est.

Die actio quod metus causa zog nach rR., falls dem arbitrium nicht Folge geleistet wurde, die Verurteilung auf das Vierfache (nach einem annus utilis, § 55 e, nur auf das Einfache) nach sich. Dies ist in das Gem. R. nicht übergegangen. Streitig ist ferner für das Gem. R., ob vis compulsiva Nichtigkeit oder bloße, nur vom Gezwungenen geltend zu machende Anfechtbarkeit der erzwungenen Willenserklärung herbeiführt. In den Quellen ist nur für die erzwungene Eheschließung (D. 23, 2, 22) und Freilassung (D. 40, 9, 9, pr.) Nichtigkeit als Rechtsfolge bezeichnet; im übrigen schweigen die Quellen. Manche unterscheiden ferner, wie beim dolus (S. 300[4]), zwischen metus causam dans (Wahl des Ge-

§ 47. Abgabe der Willenserklärung.

a. Die Willensäußerung.

1. Arten.

Der Wille ist ein innerer, an sich rechtlich bedeutungsloser Umstand („Gedanken sind zollfrei"), der erst durch seine bewußte (nicht zB. im Schlafe, in der Hypnose erfolgte) Kundgebung nach außen rechtlich wirksam werden kann. Diese „Äußerung" kann entweder (positiv) in einem Tun oder (negativ) in einem Unterlassen bestehen.

a. Die positive Willensäußerung kann wieder ausdrücklich (nominatim D. 8, 2, 30, pr., specialiter C. 8, 41, 8, pr.) sein, d. h. eine unmittelbare Mitteilung des Willens bezwecken (durch Worte, Unterschreiben, Hinzeigen, Kopfnicken) oder stillschweigend, wenn aus einer Handlung nur mittelbar ein Willensentschluß entnommen werden kann (facta concludentia, konkludente Handlungen, stillschweigende Willenserklärung; A bestellt bei B 10 Ctr. Kohlen — Kaufantrag —, B übersendet sie ihm — stillschweigende Annahme —; A verbraucht die ihm von B unbestellt zugesandten Cigarren; der als Erbe Eingesetzte nimmt den Nachlaß an sich — pro herede gestio, D. 29, 2, 20 —; vgl. D. 2, 14, 57, pr.; 2, 14, 2, 1). Will der eine Handlung Vornehmende gegen Folgerungen aus derselben auf einen Willensentschluß, den er in Wahrheit nicht hat, gesichert sein, so kann er dies durch eine Verwahrung erreichen (protestatio, weil sie in Rom pro testibus erfolgte). Die protestatio darf aber nicht facto contraria sein, d. h. die Verwahrung darf nicht mit den tatsächlich vorgenommenen Handlungen in offenem Widerspruch stehen. Es bleibt zB. die Erklärung eines eingesetzten Erben, daß aus

---

zwungenen zwischen Rescission und Differenz) und metus incidens (nur Differenz).

Das BGB. hat in den §§ 123, 124 die durch Drohung beeinflußte Willenserklärung in der Wirkung der durch Täuschung hervorgerufenen gleichgestellt.

der Tatsache der Inbesitznahme des Nachlasses nicht auf seinen Willen, die Erbschaft anzutreten, geschlossen werden möge, unbeachtet, wenn er durch Verbrauch von Nachlaßgegenständen tatsächlich diesen Willen kundgibt. Eine besondere Art der Protestation ist die Reservation, der Vorbehalt, durch den die Unterstellung des Willens, auf ein Recht zu verzichten, ausgeschlossen werden soll.

Die stillschweigende Willenserklärung ist unsicherer und von dem, der sich darauf beruft, schwerer zu beweisen als die ausdrückliche, steht ihr aber im übrigen — sofern nicht eine Form vorgeschrieben ist, unten 2 — grundsätzlich gleich (vgl. aber zB. D. 8, 2, 30, pr., C. 8, 41, 8 pr., BGB. § 700 Abs. 2).

β. Aus einem Nichttun, insbesondere dem Stillschweigen einer Person auf Handlungen oder Erklärungen einer anderen, kann an sich kein Schluß auf den Willen der ersteren gezogen werden (D. 50, 17, 142: Qui tacet non utique fatetur: sed tamen verum est, eum non negare). Ein Unterlassen, insbesondere ein Stillschweigen, gilt daher nur dann[1]) als Willensäußerung, wenn dieser Schluß entweder durch Rechtssatz ausdrücklich vorgeschrieben ist[2]) oder sich nach der Sachlage des einzelnen Falls und bei Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben als zwingend ergibt[3]).

---

[1]) Viel zu weit geht der Satz des Corpus iur. can. (in VI. 5, 12, 43) „Qui tacet, consentire videtur", der daher in der Praxis stets durch den Zusatz „ubi loqui potuit et debuit" eingeschränkt wurde.

[2]) Vgl. als Beispiele aus den Quellen D. 14, 6, 20 (Stillschweigen des Vaters als Billigung der ihm mitgeteilten Geschäfte des Haussohns); D. 21, 2, 12 (der Verkauf von Nachlaßsachen durch einen Miterben bindet auch die übrigen Erben, „si coheredes praesentes fuerint nec dissenserint"); D. 23, 1, 12 (filia, quae patris voluntati non repugnat, consentire videtur, nämlich zur Verlobung); D. 50, 17, 60 (semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur). Aus dem modernen Rechte vgl. zB. BGB. §§ 108, 149, 496, 612, 1405; HGB. §§ 60, 112, 362, 377, 386; CPO. §§ 138, 269, 295, 331.

[3]) Als Annahme der in der Zusendung unbestellter Waren (Cigarren, Lose) liegenden Kaufofferte gilt es zB. nicht, wenn der

2. Form der Willensäußerung.

Regelmäßig genügt jede deutliche Willensäußerung (zB. nutu solo, D. 44, 7, 52, 10 und 46, 2, 17). Zuweilen — meist bei wichtigen Rechtsgeschäften, um die Tatsache der Entschließung festzustellen und den Erklärenden vor Übereilung zu schützen — ist jedoch nur ein bestimmtes Erklärungsmittel zulässig (formelle, im Gegensatz zu den formlosen Rechtsgeschäften).[4]) Das Formerfordernis — bei dessen Vorhandensein eine stillschweigende Willenserklärung (oben 1 *a*) sowie eine solche durch Stillschweigen (1 *β*) natürlich nicht in Betracht kommt — beruht in der Regel auf Rechtssatz (gesetzliche Form), zuweilen jedoch auf dem Privatwillen der Beteiligten (gewillkürte Form). In derartigen Fällen ist die formlos abgegebene Willenserklärung grundsätzlich wirkungslos (BGB. § 125), die Formvorschrift gilt also in der Regel als lex perfecta (S. 25). Zuweilen jedoch droht das Gesetz bei der Nichtbeachtung der von ihm vorgeschriebenen Form nur andere Nachteile (Klaglosigkeit, Strafe, Beweiserschwerung) an (lex minus quam perfecta) oder die Formvorschrift ist nur eine Ordnungsvorschrift (lex imperfecta), deren Übertretung keinerlei rechtliche Nach-

---

Empfänger sie nicht innerhalb der ihm vom Absender gesetzten Frist zurückschickt; denn der Zusender unbestellter Waren kann den Empfänger nicht zu einer Antwort zwingen. Anders natürlich, wenn der Empfänger die Waren in Gebrauch nimmt (die Cigarren raucht, die Lose weiter veräußert); dann handelt es sich aber nicht um Willenserklärung durch Stillschweigen, sondern um stillschweigende Willenserklärung, d. h. durch konkludente Handlungen (S. 303).

[4]) Als formelle oder Formalgeschäfte bezeichnet man zuweilen auch die abstrakten Geschäfte (S. 272[4]), weil ihre Rechtswirksamkeit regelmäßig von ihrer Einkleidung in eine bestimmte Form abhängig gemacht ist (Wechsel, Eintragung im Grundbuch). Diese Bezeichnung ist irreführend; denn abgesehen davon, daß auch zahlreiche kausale Geschäfte an eine Form gebunden sind (Schenkungsversprechen, Grundstücksveräußerungsvertrag nach BGB.), gibt es auch abstrakte Geschäfte, die zu ihrer Gültigkeit eine Form nicht erfordern (zB. Erlaß, BGB. § 397; Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis auf Grund eines Vergleichs oder seitens eines Kaufmanns, BGB. § 782, HGB. § 350; Übergabe, BGB. § 929).

teile nach sich zieht, möglicherweise aber sonstige Folgen, zB. Verantwortlichkeit eines beteiligten Beamten; so in den Reichsjustizgesetzen und im BGB. die mit „soll" eingeführten Formvorschriften, vgl. S. 25[26]. Die Frage, ob ein Rechtsgeschäft formbedürftig ist, ist nach dem Orte seiner Vornahme zu beantworten (locus regit actum).

Das altrömische Recht (ius civile) bewegt sich gleich dem altdeutschen Recht (D. § 68 b) in starrem Formalismus (S. 157). Erst das ius gentium hat auch auf diesem Gebiete die Bewegungsfreiheit gewährt (S. 160). Als Rechtsformen kommen u. a. in Betracht:

α. Symbolische Formen. Symbole sind Gegenstände, die einen an sich sinnlich nicht wahrnehmbaren Vorgang zur Anschauung bringen sollen, so im rR. der „lapilli iactus" als Einspruch gegen eine Grundstücksänderung (unten § 121 b 3 *β*), im deutschen Rechte die Übergabe einer Erdscholle, eines Handschuhs, einer Fahne als Übergabe eines Grundstücks, Verleihung des Marktrechts und eines Lehens (D. § 66 b).

Als Symbol kann aber nicht nur ein bestimmter Gegenstand, sondern auch ein gewisser Rechtsvorgang dienen. Hierauf beruhen die sog. typischen Scheingeschäfte des römischen Rechts (S. 157 ff.), die negotia per aes et libram (nexum und mancipatio) sowie die in iure cessio, insofern als in der Form von Vorgängen, die ursprünglich einem gewissen Rechtszwecke (Zuwägen der Darlehnssumme oder des Kaufgeldes, Prozeßführung) dienten, andere Erklärungen (Darlehnshingabe, Testamentserrichtung, Eigentumsübertragung) abgegeben wurden. Für das moderne Recht sind die symbolischen Geschäftsformen fast bedeutungslos (vgl. D. § 66[3]).

β. Wortformen. Die Verwendung bestimmter Worte als Voraussetzung der Wirksamkeit gewisser Willenserklärungen ist eine Eigentümlichkeit eines unentwickelten Rechtszustands; so war in Rom anfänglich die Erbeinsetzung (heres esto!) der Vertragsschluß (spondesne? spondeo, S. 159), die Prozeßführung (S. 156[2]) an die Anwendung bestimmter Worte geknüpft, ähnlich heute noch der Wechsel (WO. Art. 4[1]).

γ. Die Zuziehung von Zeugen erfolgt regelmäßig nur zur Sicherung des Beweises (Beweiszeugen). Vielfach ist davon jedoch die Rechtsbeständigkeit einer Willenserklärung abhängig gemacht. Dann sind die zur Herstellung der Rechtsform benötigten Zeugen Solennitätszeugen. Aus dem rR. gehören hierher die negotia per aes et libram (nexum und mancipatio, 5 Zeugen, libripens) und das ordentliche Privattestament (7 Zeugen), aus dem Reichsrecht zB. die Testamentserrichtung (BGB. §§ 2249 ff., vgl. § 2233). Die Solennitätszeugen müssen regelmäßig gewissen Vorbedingungen entsprechen; vgl. für das rR. (testes idonei, rogati, voluntarii) S. 122[4], für das Reichsrecht BGB. §§ 2235 ff., FrG. §§ 170 ff. Nach rR. konnten nur Männer (S. 223), nach Reichsrecht können auch Frauen Solennitätszeugen sein.

δ. Schriftlichkeit. Wie die Zuziehung von Zeugen so erfolgt auch die schriftliche Feststellung regelmäßig zu bloßen Beweiszwecken. Zuweilen hat sie aber die Bedeutung einer Rechtsform, so im rR. für das schriftliche Testament, die Fraueninterzession (S. 286) und den Litteralkontrakt (unten § 73 b).[5])

ε. Behördliche Mitwirkung. Die Rechtsgültigkeit mancher Willenserklärungen ist davon abhängig, daß sie vor einer öffentlichen Behörde abgegeben werden. Diese hat regelmäßig über die vor ihr abgegebene Erklärung eine („öffentliche", vgl. CPO. § 415) Urkunde aufzunehmen. Als solche Behörden kommen nach rR. die Magistrate (Konsuln, Prätoren, Censoren, praesides provinciae, vgl. C. 8, 53, 25, 1), heute vor allem die Amtsgerichte als die zur Ausübung der iurisdictio voluntaria (S. 24) berufenen Organe und die Notare in Betracht[6]).

---

[5]) Reichsgesetzlich ist die Schriftform zB. vorgeschrieben für Miet- und Pachtverträge auf mehr als ein Jahr, die Bürgschaft, abstrakte Schuldverträge, das selbstschriftliche Testament (BGB. §§ 566, 766, 780, 781, 2231[2], vgl. jedoch HGB. § 350).

[6]) Die behördliche Mitwirkung erfolgt heute entweder in der Weise, daß die Behörde die Erklärung selbst entgegennimmt und beurkundet (sog. Beurkundung, zB. BGB. §§ 311—313, 518, 873)

Eine behördliche Mitwirkung war im späteren rR. vorgeschrieben: bei der Freilassung vindicta und censu (S. 208), bei der großen Schenkung über 500 solidi (gerichtliche Insinuation, d. h. Beurkundung, C. 8, 53, 36, 3, unten § 92 b), beim Vergleich über hinterlassene Alimente (gerichtlicher Abschluß, D. 2, 15, 8), bei der emancipatio (Iustinianea, gerichtliche Erklärung in Gegenwart des Kindes, C. 8, 47, 11), bei der Adoption (zu gerichtlichem Protokoll, C. 8, 47, 11), bei der Testamentserrichtung (testamentum apud acta conditum und iudici oblatum).[7])

b. Wirksamwerden der Willenserklärung.

Ist eine Willenserklärung einem Anderen gegenüber abzugeben, wie bei Verträgen und gewissen einseitigen, den sog. empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften (S. 269, zB. Offerte, Mahnung, Kündigung), so fragt es sich, falls der Erklärungsempfänger nicht zugegen ist, ob sie schon im Augenblicke der Abgabe der Willenserklärung seitens des Erklärenden oder erst im Augenblick ihrer Entgegennahme durch den Erklärungsempfänger oder in einem zwischen diesen Zeitpunkten liegenden Momente rechtswirksam wird. Die Quellen enthalten hierüber nichts und im Gemeinen Recht bestand daher ein lebhafter Streit darüber, ob bei Willenserklärungen (insbesondere Verträgen, daher „Vertragstheorien") gegenüber einem Abwesenden die Äußerungs- oder Deklarationstheorie (zB. Schreiben eines eine Annahmeerklärung enthaltenden Briefs) oder die Übermittelungs-

---

und zwar zuweilen bei notwendig gleichzeitiger Anwesenheit aller Beteiligten (so zB. BGB. §§ 925, Auflassung, 1317, Eheschließung) oder so, daß sie nur die Unterschrift eines Schriftstücks durch eine bestimmte Person bescheinigt (sog. öffentliche Beglaubigung, zB. BGB. §§ 77, 1342, 1560, 1597, 1662, 1945) oder durch gerichtliche Bestätigung einer anderweit abgegebenen Erklärung (§ 1741, Adoption).

[7]) Diese Fälle sind auch in das Gemeine R. übergegangen, das im übrigen infolge der Nichtaufnahme der Stipulation (unten § 73[19]) auf dem Grundsatze der Formfreiheit beruht. Diese grundsätzliche Formfreiheit beherrscht auch das neue Reichsrecht, das freilich, wie vorstehend dargelegt, die wichtigsten Rechtsgeschäfte an Formen gebunden hat.

theorie (Abgabe des Briefs bei der Post) oder die Empfangstheorie (Anlangen des Briefs beim Erklärungsempfänger) oder die Vernehmungstheorie (Lesen des Briefs durch ihn) zu Grunde zu legen sei. Mit der herrschenden Ansicht folgt das BGB. der Empfangstheorie (§§ 130 ff., vgl. aber § 130 Abs. 2, wo für den Fall des Todes oder der Geschäftsunfähigkeit des Erklärenden nach Abgabe der Erklärung die Äußerungstheorie angenommen ist).

c. Auslegung der Willenserklärung.

Wie bei Gesetzen (S. 29) so können auch bei Willenserklärungen über Sinn und Tragweite Zweifel entstehen, die durch Auslegung zu beseitigen sind. Wie für die Auslegung der Gesetze (S. 30[30]) so gilt auch für die der Willenserklärungen anfänglich die reine Wortinterpretation (so nach Paulus in D. 32, 25, 1: cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio), wogegen später der Hauptwert auf die Ermittelung des wahren Willens der Beteiligten (id, quod actum est) gelegt wurde (Papinian in D. 50, 16, 219: in conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit). Für Zweifelsfälle stellen die Quellen gewisse gesetzliche Auslegungsregeln auf. Maßgebend ist an erster Stelle die der Willenserklärung von den Beteiligten selbst später gegebene „authentische" Auslegung (D. 28, 1, 21, 1). Bei unklaren Vertragsbestimmungen ist der Sprachgebrauch zu berücksichtigen (D. 30, 50, 3). Im Zweifel ist gegen den zu entscheiden, qui clarius loqui potuit et debuit, qui potuit re integra apertius dicere (D. 2, 14, 39; 18, 1, 21), so contra venditorem, stipulatorem, locatorem (vgl. zB. D. 18, 1, 55; 34, 5, 26; 45, 1, 99, pr.) Bei Zweifeln über die Höhe einer Verpflichtung ist der geringste Betrag maßgebend (D. 50, 17, 34). Einzelne Rechtsverhältnisse (sog. causae favorabiles): Freiheit (oben S. 204), Testament (D. 7, 8, 122: neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum; vgl. D, 34, 5, 24, D. 50, 17, 12), Dos (D. 23, 3, 70 und 50, 17, 85: in ambiguis pro dotibus respondere melius est) sind

hinsichtlich der Auslegung besonders bevorzugt, aber auch im übrigen soll so interpretiert werden, daß der von den Parteien erstrebte wirtschaftliche Zweck möglichst erreicht wird (D. 45, 1, 80: Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res, qua de agitur, in tuto sit[8]); D. 34, 5, 21, 1; 50, 17, 67).

§ 48. Inhalt der Rechtsgeschäfte.

Der Inhalt des Rechtsgeschäfts wird durch seine Art bestimmt; er darf jedoch, soll das Rechtsgeschäft nicht unwirksam bleiben, jedenfalls weder unmöglich noch unerlaubt noch unsittlich sein.

a. Unmögliche Rechtsgeschäfte.

Ein Rechtsgeschäft, das etwas rechtlich oder tatsächlich absolut Unmögliches bezweckt, kann den angestrebten Rechtserfolg nicht erreichen[1]). Insbesondere wird durch das Eingehen einer Verpflichtung auf etwas von vornherein dauernd und absolut Unmögliches der Versprechende weder zur Erfüllung noch zum Schadenersatze wegen Nichterfüllung (sog. positives Interesse, unten § 73[21]) verpflichtet (D. 50, 17, 185: Impossibilium nulla obligatio est; „ultra posse nemo obligatur", BGB. § 306). Trotzdem ist auch eine

---

[8]) Auch nach dem BGB. kommt es in erster Reihe auf den Parteiwillen an (§ 133: „Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften"), unter Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte (§§ 157, 242). Daneben gibt das BGB. für die einzelnen Rechtsinstitute zahlreiche gesetzliche Auslegungsregeln, meist mit der Formel „im Zweifel ist anzunehmen"; vgl. z.B. §§ 154, 270, 314, 328 ff., 336 ff., 391 Abs. 2, 420, 610, 613, 664, 691, 759, 2066 ff. In § 2084 ist das Testament als causa favorabilis gekennzeichnet. Vgl. ferner HGB. §§ 359—361.

[1]) Vgl. D. 50, 17, 31: Verum est neque pacta neque stipulationes factum posse tollere: quod enim impossibile est, neque pacto neque stipulatione potest comprehendi, ut utilem actionem aut factum efficere possit.

derartige Verpflichtung nicht ganz unwirksam; denn unter Umständen kann ihr die Verpflichtung zum Ersatze des sog. negativen Interesses entspringen, nämlich des Schadens, den der andere Teil dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts vertraut (BGB. § 307).

Handelt es sich ferner nicht um etwas von vornherein dauernd und absolut Unmögliches, sondern tritt die Unmöglichkeit erst nach Vornahme des Rechtsgeschäfts ein (sog. nachfolgende Unmöglichkeit), oder kann sie unter Umständen gehoben werden (sog. hypothetische Unmöglichkeit), dann kann das Rechtsgeschäft unter Umständen auch positive Wirkungen, nämlich die Verpflichtung zum vollen Schadenersatz, erzeugen. Hierüber ist im Recht der Schuldverhältnisse (unten § 70) zu sprechen.

Über unmögliche Bedingungen vgl. unten S. 322.

b. Unerlaubte Rechtsgeschäfte.

1. Unerlaubt sind Rechtsgeschäfte, die gegen ein rechtswirksames Verbot verstoßen. Ein solches braucht nicht stets in einem Gesetz Ausdruck gefunden zu haben, sondern kann sich aus den das Recht überhaupt beherrschenden Grundsätzen ergeben, zu denen zB. heute gehören das Recht jedes Menschen auf persönliche, Gewerbe-, Religionsfreiheit, die Freizügigkeit (vgl. schon D. 35, 1, 71, 2) usw.

Unerlaubte Rechtsgeschäfte sind grundsätzlich völlig wirkungslos, d. h. jedes gesetzliche Verbot gilt, sofern das Gesetz nicht ausdrücklich eine andere Folge bestimmt, als lex perfecta (S. 25). Dies ist für das rR. in der von Theodosius II. und Valentinian III. 439 n. Chr. erlassenen[2]) l. 5 C. 1, 14 und ebenso im BGB. § 134 ausdrücklich bestimmt. Nur ausnahmsweise gilt hiernach ein Verbotsgesetz als lex minus quam perfecta (so gewährt zB. das gegen das SC. Macedonianum, unten § 95 b, gegebene

[2]) C. 1, 14, 5, 1: ut ea quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum nec specialiter dixerit inutile esse debere quod factum est; vgl. C. 2, 3, 6.

Darlehen, die gegen das Sc. Velleianum geleistete Intercession nur eine exceptio), oder sogar nur als lex imperfecta, also nach der heutigen Gesetzessprache (S. 25[26]) als bloße Ordnungs- oder Sollvorschrift (so ist zB. die gegen die §§ 1303, 1311, 1313—1316 BGB. geschlossene Ehe vollgültig).

Dem gegen ein Verbotsgesetz unmittelbar verstoßenden Rechtsgeschäfte steht das zur Umgehung des Verbots (in fraudem legis, S. 97) geschlossene völlig gleich (C. 1, 14, 5, pr.: Non dubium est in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem; ebenso D. 1, 3, 29 und 30).

Über unerlaubte Bedingungen vgl. unten § 51 d 1.

2. Eine besondere Art unerlaubter Geschäfte sind die gegen ein Veräußerungsverbot verstoßenden. Ein solches Verbot kann auf Gesetz oder Rechtsgeschäft (Vertrag, Testament) beruhen. Als unerlaubt und daher wirkungslos sind jedoch nach rR. (und ebenso nach BGB. §§ 134—136) nur die gegen ein gesetzliches Veräußerungsverbot verstoßenden Rechtsgeschäfte anzusehen, während die rechtsgeschäftlichen nur den Vertragsgegner oder dessen Erben zum Schadenersatz verpflichten, nicht aber dritte binden.

Gesetzliche Veräußerungsverbote bestanden in Rom zB. betreffs der res litigiosae (unten § 63[10]), der Dotalgrundstücke, der landwirtschaftlichen Mündelgrundstücke[3]).

Soweit eine Veräußerung verboten ist, ist auch eine Belastung (C. 4, 51, 7) und die Zulassung der Ersitzung ausgeschlossen (D. 50, 16, 28: vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi).

---

[3]) Das heutige Recht unterscheidet die im öffentlichen Interesse gegebenen und daher gegen alle wirksamen absoluten (BGB. § 134, zB. BGB. § 400, StGB. § 93, StPO. § 334), von den nur im Privatinteresse gegebenen und daher nur bestimmten Personen gegenüber wirksamen relativen Veräußerungsverboten; zB. KO. § 7 (Unwirksamkeit der vom Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung vorgenommenen Handlungen, aber nur den Konkursgläubigern gegenüber).

c. Unsittliche Rechtsgeschäfte.

Rechtsgeschäfte, die durch ihre Vornahme, ihren Inhalt oder Zweck gegen die guten Sitten (boni mores) verstoßen, sind in allen Rechtssystemen für nichtig erklärt worden (D. 45, 1, 26: turpes stipulationes nullius esse momenti, BGB. § 138). Wann ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstößt, unterliegt der freien richterlichen Würdigung, welche die zur Zeit geltenden sittlichen Anschauungen und wirtschaftlichen Bedürfnisse berücksichtigen muß[4]).

§ 49. Die Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte.

Ungültig heißt ein Rechtsgeschäft, das infolge eines Mangels die gewollte Wirkung nicht hervorbringen kann. Das Geschäft heißt nichtig (negotium nullum), wenn dieser Mangel eine Rechtswirkung überhaupt nicht eintreten läßt, anfechtbar (negotium rescissibile), wenn die Rechtswirkung eintritt, aber auf Verlangen eines „Anfechtungsberechtigten" wieder beseitigt werden kann. Relativ nichtig nennt man

---

[4]) Vgl. zB. D. 17, 1, 12, 11. Die Anschauungen haben im Laufe der Zeit vielfach gewechselt. Die Römer hielten zB. jeden auf Unwiderruflichkeit einer letztwilligen Verfügung gerichteten Vertrag als contra bonos mores für nichtig, während das moderne Recht im Anschluß an die deutschrechtliche Entwickelung (D. § 96) die Erbverträge zuläßt. Der Ehemäklerlohn wurde bis 1900 für klagbar angesehen; das BGB. § 656 erklärt ihn für unklagbar, wenn auch zahlbar (natürliche Verbindlichkeit).

Besonders hervorgehoben und als nichtig bezeichnet ist im BGB. § 138 Abs. 2 das wucherliche Geschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Anderen („subjektives Moment") sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile gewähren oder versprechen läßt, welche den Wert der Leistung dergestalt übersteigen, daß den Umständen nach die Vermögensvorteile in auffälligem Mißverhältnisse zu der Leistung („objektives Moment") stehen (StGB. §§ 302 a ff.). Eine solche allgemeine Vorschrift fehlt im rR. Auch dieses suchte aber dem Wucher zu begegnen; hierauf beruhen zB.: die lex Anastasiana (§ 84 b 2), die Anfechtung eines Kaufvertrags wegen laesio enormis (§ 87 b 2 γ), die Bestimmung eines Zinshöchstbetrags (§ 68 b 4), das Verbot der Verwirkungsklausel beim Pfand durch Konstantin (§ 142 c 4 β).

ein Geschäft, das die gewollten Wirkungen nur bestimmten Personen gegenüber nicht hervorbringt (zB. KO. § 7).

Wann infolge eines Mangels Nichtigkeit und wann Anfechtbarkeit eintritt, das hängt von der Bedeutung ab, die das Recht dem fehlenden Erfordernisse beimißt. Es kann sich hierbei um einen Mangel hinsichtlich allgemeiner, zur Gültigkeit der Rechtsgeschäfte überhaupt notwendiger Umstände oder hinsichtlich der besonderen Erfordernisse der einzelnen Geschäftsarten handeln. Wie ein Mangel der letzteren Art auf die Rechtswirksamkeit des betreffenden Geschäfts zurückwirkt, richtet sich nach den für dieses geltenden besonderen Vorschriften. Die Wirkungen eines Mangels in den allgemeinen Erfordernissen der Rechtsgeschäfte sind oben in den §§ 44 ff. dargestellt. Danach bewirken nach rR. (und BGB.) Mängel der Geschäftsfähigkeit (S. 275), der Ernstlichkeit (S. 291) und der Form (S. 305), ferner Simulation (S. 289), vis absoluta (S. 301), Verbot (S. 311), Unsittlichkeit (S. 313) die Nichtigkeit, dagegen Irrtum (S. 292), Betrug (S. 297), vis compulsiva (S. 301) nur die Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts.

Hier handelt es sich daher nur darum, die Folgen darzustellen, die sich bei der gemäß diesen gesetzlichen Vorschriften eintretenden einen oder anderen Art von Ungültigkeit ergeben.

a. Nichtigkeit.

1. Das nichtige Geschäft ist rechtlich überhaupt nicht vorhanden. Hat zB. der geschäftsunfähige A eine Uhr veräußert und übergeben, so gilt sie als noch in seinem Eigentum befindlich und sein gesetzlicher Vertreter kann ihre Rückgabe mit der rei vindicatio erzwingen. Im Prozeß muß ferner die Nichtigkeit von Amts wegen berücksichtigt werden. Klagt zB. Frau A gegen B einen Kuppellohn ein, so muß der Richter die Klage selbst beim Nichterscheinen oder bei Anerkenntnis des Beklagten abweisen.

2. Bezieht sich die Nichtigkeit nur auf einen Teil des Rechtsgeschäfts, so bleibt dies im übrigen rechtswirksam (in VI^{to} 5, 13, 37: utile non debet per inutile vitiari, vgl. D. 45, 1, 15), es sei denn, daß:

α. der gültige Teil keine selbständige Existenz hat (D. 50, 17, 129, 1: Cum principalis causa non consistit, ne ea quidem quae sequuntur locum habent); zB. ist bei Nichtigkeit des Darlehns das dafür gegebene an sich gültige Zins- oder Bürgschaftsversprechen — als bloßes Accessorium, S. 247 — ebenfalls nichtig und nach rR. (nicht aber nach BGB. § 2085) ist bei Nichtigkeit der Erbeinsetzung das ganze Testament nichtig; oder

β. daß anzunehmen ist, die Parteien hätten das Rechtsgeschäft überhaupt nicht vorgenommen, wenn sie die teilweise Nichtigkeit vorhergesehen hätten (ähnlich BGB. § 139).[1])

3. Ein zur Zeit seiner Vornahme nichtiges Geschäft kann durch den späteren Fortfall des die Nichtigkeit bewirkenden Mangels (zB. Eintritt der Geschäftsfähigkeit des Handelnden) regelmäßig nicht rechtsbeständig werden[2]), sog. regula Catoniana, zuerst für Legate aufgestellt (D. 34, 7, 1, pr.: quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocumque decesserit non valere), dann verallgemeinert (D. 50, 17, 29: Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere).

---

[1]) Besondere Vorschriften gibt das rR.:

a. für die nicht insimuierte Schenkung über 500 solidi (sie ist nur hinsichtlich des Übermaßes nichtig; unten § 92 b 1);

b. für das wucherliche Zinsversprechen (es ist nur bezüglich des den gesetzlichen Zinsfuß überschreitenden Teils nichtig, D. 22, 1, 29, anders BGB. § 138; vgl. unten § 68 b 4);

c. für unerlaubte und unsittliche Bedingungen (sie gelten bei negotia mortis causa für nicht geschrieben, vernichten dagegen bei negotia inter vivos das ganze Geschäft; anders nach BGB.; vgl. unten S. 324).

[2]) Umgekehrt wird ein gültig entstandenes Rechtsgeschäft durch spätere Entstehung eines Mangels regelmäßig nicht ungültig; ein von einem Geschäftsfähigen geschlossener Vertrag bleibt also auch dann gültig, wenn er vor dessen Erfüllung entmündigt wird. Nur für Testamente kommt es nach rR. (nicht mehr aber nach BGB.) sowohl auf die Zeit der Errichtung, als auf die ganze Zwischenzeit bis zum Tode des Erblassers an; das Testament wird also nichtig, wenn der Testator nach der Testamentserrichtung die testamenti factio activa verliert (testamentum irritum, darauf beruht die fictio legis Corneliae, S. 205[1]) oder einen neuen Noterben erhält (testamentum ruptum: agnatione postumi rumpitur testamentum, s. u. im Erbrecht).

Nur ausnahmsweise tritt ein solches Rechtsbeständigwerden ein (sog. Konvaleszenz). So konvalesziert zB. nach der oratio Severi et Antonini (Senatsschluß von 206 n. Chr.) die an sich nichtige Schenkung unter Ehegatten (unten § 92 c 4), wenn der Schenker vor dem Beschenkten stirbt, ohne die Schenkung widerrufen zu haben, D. 24, 1, 32, und nach Justinians l. 3 C. 5, 74 die ungenehmigte Veräußerung von Mündelgütern durch Nichtanfechtung binnen 5 Jahren seit der Volljährigkeit[3]).

4. Abgesehen von der nur ausnahmsweise zugelassenen Konvaleszenz kann ein nichtiges Geschäft bei späterem Fortfalle des Nichtigkeitsgrundes nur durch erneute Vornahme gültig werden. Eine Bestätigung des nichtigen Rechtsgeschäfts muß daher grundsätzlich alle Voraussetzungen der Vornahme des Rechtsgeschäfts, insbesondere die für dessen Abschluß vorgeschriebene Form, aufweisen und wirkt nur dann „ex tunc", d. h. auf den ersten Abschluß zurück, wenn die Parteien dies zulässigerweise vereinbaren[4]).

5. Zuweilen findet die Umwandlung (Konversion) eines Rechtsgeschäfts statt, d. h. ein Rechtsgeschäft, das die volle von den Parteien beabsichtigte Rechtswirkung infolge eines Mangels nicht haben kann, kann — falls die Parteien dies beabsichtigt haben (vgl. BGB. § 140) — die minderen Wirkungen einer anderen Geschäftsart haben, deren geringeren

---

[3]) Konvaleszenzfälle des BGB. finden sich in den §§ 313, 518, 1324, 1328 Abs. 2 (die formlose Grundstücksveräußerung wird durch Auflassung und Eintragung, die formwidrige Eheschließung durch Registrierung und 10- bzw. 3-jähriges Zusammenleben der Eheleute, die ungenehmigte Ehe unter Ehebrechern durch nachträgliche Dispensationserteilung rechtsbeständig, und zwar „ex tunc", S. 317).

[4]) C. 5, 16, 25, 2: ratihabitiones negotorium ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt und BGB. §§ 141, 1325. Mit der Bestätigung (ratihabitio, besser confirmatio) eines eigenen nichtigen, ist übrigens die in den Quellen ebenfalls ratihabitio genannte Genehmigung eines gültigen, aber noch der Zustimmung eines Anderen als des Erklärenden bedürftigen, fremden Rechtsgeschäfts nicht zu verwechseln (unten § 54). Ratihabitio heißt endlich auch die Genehmigung einer auftraglosen Geschäftsführung (unten § 101 b 2).

Voraussetzungen es entspricht. So kann zB. nach rR. eine — zB. wegen Unfähigkeit eines der 7 notwendigen Zeugen — als Testament ungiltige letztwillige Verfügung durch Beifügung der Kodizillarklausel in ein — nur 5 Zeugen erforderndes — Kodizill konvertiert werden (C. 6, 36, 8).

b. Anfechtbarkeit.

Das anfechtbare Rechtsgeschäft ist an und für sich wirksam, jedoch mit einem Mangel behaftet, der bestimmten Personen die Möglichkeit gewährt, seine Wirkung zu beseitigen oder einzuschränken. Es bedarf also stets einer — nur bestimmten Personen, zuweilen sogar nur innerhalb einer bestimmten Frist, vgl. zB. BGB. §§ 121, 124, 1339 zustehenden — Tätigkeit, um die innere Wirkungslosigkeit des Geschäfts zu offenbaren und daraus folgt, daß wenn diese Personen auf die Geltendmachung des Mangels verzichten, das Geschäft also bestätigen, es von Anfang an, „ex tunc", als vollwirksam gilt.

Erfolgt umgekehrt die Anfechtung, so fragt es sich, ob das Geschäft erst von der Geltendmachung des Anfechtungsgrundes an (ex nunc) oder von vornherein (ex tunc) und ferner, ob es nur unter den Beteiligten oder auch dritten gegenüber (in rem) als unwirksam gilt. Das rR. hat hierfür eine einheitliche Entscheidung nicht getroffen; so entstand zB. im Falle der actio doli nur ein obligatorischer Ausgleichungsanspruch unter den Beteiligten (S. 299), während bei der actio quod metus causa (S. 302) die Anfechtung ex tunc und in rem wirkte[5]).

[5]) Grundsätzlich gilt das letztere nach BGB. § 142, wonach das mit Erfolg angefochtene Rechtsgeschäft von Anfang an als nichtig anzusehen ist; vgl. § 1343. Die hiernach auch in rem wirksame Anfechtbarkeit bleibt dritten gegenüber freilich insofern unwirksam, als die Grundsätze über den gutgläubigen Erwerb (unten § 123[3]) eingreifen.

Dritter Titel. Vertrag (BGB. §§ 145—157).

§ 50. Der Vertrag.

a. Abschluß.

Vertrag[1]) ist (S. 269) die auf Begründung, Veränderung oder Aufhebung der Beteiligten gerichtete Willenseinigung mehrerer Personen. Diese Einigung vollzieht sich zuweilen vor einem Dritten, insbesondere einer öffentlichen Behörde (Auflassung, Eheschließung) regelmäßig aber durch wechselseitige Erklärungen der Beteiligten, dergestalt, daß der eine (Antragsteller, Offerent) einen Vertragsschluß vorschlägt (Antrag, Offerte) und der andere (Antragsempfänger, Oblat) dem zustimmt (Annahme, Acceptation). Die Offerte muß dem in Aussicht genommenen Vertragsgegner gegenüber erfolgen, sie ist also ein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft (S. 269).

Sind sämtliche bei dem zu schließenden Vertrage Beteiligten gegenwärtig, so erledigt sich die Frage, ob und in welchem Augenblicke der Vertrag zustande kommt, sehr einfach. Muß der Vertrag jedoch unter Abwesenden geschlossen werden, so entsteht zwischen der Abgabe der Offerte durch den Offerenten und dem Eintreffen der Antwort des Oblaten ein Schwebezustand, dessen rechtliche Beurteilung zweifelhaft sein kann.

1. Es fragt sich zunächst, ob der Offerent durch Abgabe der Offerte verpflichtet ist, den Vertrag für den Fall

---

[1]) Das rR. behandelte die Verträge (contractus, pacta, unten § 73 b) ausschließlich auf dem Gebiete des Obligationenrechts. Das BGB. dagegen hat der Tatsache, daß es Verträge auf allen Rechtsgebieten gibt (S. 269) dadurch Rechnung getragen, daß es die allgemeinen Grundsätze (Antrag und Annahme, Abschluß, Auslegung) der Verträge im Allgemeinen Teil behandelt. Eine besondere Bedeutung für das BGB. hat der als Einigung bezeichnete dingliche Vertrag, d. h. der unmittelbar auf Begründung, Übertragung, Belastung oder Aufhebung eines dinglichen Rechts gerichtete Vertrag, zB. Abtretung, Auflassung, Übergabe, Eintragungsbewilligung (vgl. BGB. §§ 398, 873, 925).

ihrer Annahme durch den Oblaten als geschlossen gelten zu lassen oder ob ihm bis zum Vertragsschluß der Widerruf immer noch freisteht?

Den Römern war die sog. bindende Kraft der Offerte völlig fremd. Das rR. kennt ein Sichbinden durch eine eigene, von einem Empfänger nicht angenommene Erklärung (offerentis solius promissum, D. 50, 12, 3, pr.) nur in wenigen, dem öffentlichen Recht angehörenden Ausnahmefällen (pollicitatio ob honorem, d. h. wegen einer erwiesenen Ehre oder aus einem sonstigen gerechtfertigten Anlasse zu Gunsten des gemeinen Besten, und votum ad pias causas; D. De pollicitationibus 50, 12). Nach rR. ist daher eine Offerte bis zu ihrer rechtsverbindlichen Annahme, d. h. bis zum Zustandekommen des Vertrags, frei widerruflich[2]).

2. Es fragt sich ferner mit welchem Augenblicke der Vertrag als geschlossen gilt? Diese Frage, die besonders für das rR. große Bedeutung hatte, da erst mit dem Vertragsschluß die Widerruflichkeit der Offerte beseitigt war, beantwortet sich nach den sog. Vertragstheorien (S. 308). Bei Zugrundelegung der hier angenommenen Empfangstheorie gilt daher der Vertrag grundsätzlich (vgl. jedoch BGB. § 151) als geschlossen im Augenblicke des Eintreffens der Annahmeerklärung beim Offerenten.

---

[2]) Dies war auch die herrschende Meinung des Gemeinen Rechts. Wegen der dadurch hervorgerufenen Verkehrsunsicherheit bestimmt BGB. §§ 145 ff., daß der Offerent, wenn er dies nicht ausschließt, an seinen Vertragsantrag bis zu dem Zeitpunkte gebunden ist, in welchem er den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf. Trifft die rechtzeitig abgesandte Annahmeerklärung beim Offerenten verspätet ein, so ist dieser nicht mehr gebunden; er muß dies aber unverzüglich erklären, sonst gilt die Annahmeerklärung als rechtzeitig eingetroffen.

Der römischen Anschauung, daß die Offerte den Antragsteller nicht bindet, entsprechend, läßt das rR. die Offerte wirkungslos werden, wenn der Antragsteller stirbt oder geschäftsunfähig wird. Auch hier bestimmt BGB. § 153 das Gegenteil.

b. Vorverhandlungen.

Jeder Vertrag setzt die Einigung der Beteiligten mindestens über die gesetzlichen Begriffsmerkmale (essentialia negotii, S. 273) voraus. Die Parteien können aber auch noch andere Punkte außer den gesetzlichen Essentialien für wesentlich erklären (sog. gewillkürte Essentialien), und der Vertrag ist in einem solchen Fall erst mit der Einigung auch über diese Punkte geschlossen. Beurkunden die Parteien vor der Einigung über alle als wesentlich zu erachtenden Punkte einen Teil derselben (sog. Traktate), dann ist der Vertrag, auch soweit er in dem Traktate bereits beurkundet ist, doch erst mit der endgültigen Einigung als geschlossen anzusehen (ebenso BGB. § 154). Freilich kann die Absicht der Parteien auch dahin gehen, daß das jedesmal Beurkundete selbständige Geltung haben soll. Solche bindenden Beurkundungen heißen Punktationen (minuta).

Ist bei einem auch mündlich gültigen Vertrage Beurkundung verabredet, dann gilt nach Justinians l. 17 C. 4, 21 (ebenso BGB. § 154 Abs. 2) der Vertrag erst mit der Beurkundung als zustande gekommen. Zur Beseitigung des Zweifels, ob ein Vertrag schon bindend zustande gekommen ist, dient die arra (unten § 76 a).

Mit den Vorverhandlungen nicht zu verwechseln sind die Vorverträge, d. h. bindend abgeschlossene Verträge, in denen ein Teil die Verpflichtung zum Abschluß eines anderen Vertrags übernimmt (pacta de contrahendo, zB. de cedendo, retroemendo, cambiando).

Vierter Titel. Bedingung. Zeitbestimmung (BGB. §§ 158—163).

§ 51. Die Bedingung.

a. Nebenbestimmungen.

Führt eine Willenserklärung den durch sie erstrebten Rechtserfolg sogleich und unabhängig von anderen Umständen herbei, so heißt das Rechtsgeschäft ein „reines", negotium

purum. Häufig fügt jedoch der ein Rechtsgeschäft Vornehmende seiner Erklärung eine Beschränkung bei, sei es daß die Erklärung nur beim Eintritt eines gewissen Umstands wirksam werden (Suspensivbedingung) oder bleiben soll (Resolutivbedingung) oder daß sie erst von einem gewissen Zeitpunkt an (aufschiebende Befristung, dies a quo) oder nur bis zu einem gewissen Zeitpunkt (auflösende Befristung, dies ad quem) wirken soll oder daß der durch eine Willenserklärung Begünstigte seinerseits eine Leistung bewirken soll (Auflage). Bedingung (condicio), Zeitbestimmung (dies) und Auflage (modus) pflegt man als Nebenbestimmungen des Rechtsgeschäfts (nach Savigny: Selbstbeschränkungen des Willens) zu bezeichnen, ohne daß diese Zusammenfassung jedoch praktische Bedeutung hätte. Dem System des BGB. entsprechend sind hier nur condicio und dies zu behandeln; der modus ist bei der Schenkung darzustellen (unten § 92 c 2).

b. Begriff der Bedingung[1]).

Bedingung ist der einer Willenserklärung durch den Erklärenden zugefügte, künftige, ungewisse Umstand, von dessen Eintritt die Rechtswirkung der Willenserklärung abhängig ist[2]).

Keine wahren Bedingungen (uneigentliche Bedingungen, condiciones falsae, quae solam figuram, sed non vim condicionis habent) sind hiernach:

1. die Rechtsbedingungen (condiciones tacitae, quae extrinsecus veniunt, D. 35, 1, 19, heute condi-

[1]) D. 35, 1: De condicionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur.

[2]) Jhering, Geist des rR.: „Die Bedingung ermöglicht der Partei, die Zukunft von sich, ohne sich von der Zukunft abhängig zu machen." Durch diese Abhängigkeit der Rechtswirkung der Willenserklärung vom Eintritte der Bedingung unterscheidet sich diese von der Auflage (modus); die unter einer Auflage abgegebene Willenserklärung wird ohne Rücksicht auf die Erfüllung der Auflage wirksam, freilich kann die Erfüllung der Auflage erzwungen werden; „die Bedingung suspendiert, aber zwingt nicht; der Modus zwingt, aber suspendiert nicht"; vgl. unten § 92 c 2.

ciones iuris genannt), d. h. zukünftige, ungewisse Umstände, von denen die Wirkung eines Rechtsgeschäfts begrifflich oder kraft Rechtssatzes, also nicht kraft des Willens des Erklärenden abhängt (vgl. D. 35, 1, 19, 1; „wenn A mich überlebt, soll er mein Erbe sein", „wenn A mein Erbe wird, soll er folgende Legate auszahlen", „wenn meine Tochter B sich verheiratet, soll sie folgende Ausstattung erhalten");

2. die condiciones in praesens vel in praeteritum collatae, d. h. solche, bei denen die Rechtswirkung von einem schon eingetretenen, wenn auch den Parteien noch nicht bekannten Ereignis abhängt. Hier tritt kein Schwebezustand ein; „quae enim per rerum naturam certa sunt, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint" (I. 3, 15, 6, vgl. D. 12, 1, 37);

3. die notwendigen und unmöglichen Bedingungen (condiciones necessariae und impossibiles), d. h. solche, bei denen es zur Zeit der Abgabe der Willenserklärung bereits feststeht, daß der zur Bedingung gesetzte Umstand eintreten muß oder nicht eintreten kann. Zu den notwendigen Bedingungen gehören auch die sog. negativ-unmöglichen, bei welchen die Wirkungen des Rechtsgeschäfts von dem Nichteintreten eines unmöglichen Umstands abhängig gemacht sind (in non faciendo impossibiles, zB. si in coelum non ascenderis, si intra calendas digito coelum non tetigerit; D. 45, 1, 7 und 8; D. 28, 5, 51, 1). Auch hier ist kein Schwebezustand denkbar; vgl. D. 35, 1, 79.[3])

---

[3]) Die notwendige Suspensivbedingung gilt als nicht zugefügt (D. 46, 2, 9, 1), die notwendige Resolutivbedingung vernichtet die Willenserklärung; die unmögliche Suspensivbedingung vernichtet die Willenserklärung, die unmögliche Resolutivbedinguug gilt als nicht zugefügt. Von der Regel, daß die unmögliche Suspensivbedingung das Geschäft vernichtet, machte das rR. nach der von Justinian aufgenommenen Ansicht der Sabinianer (I. 2, 14, 10, vgl. G. 3, 98) eine Ausnahme für die letztwilligen Verfügungen. Bei diesen sollte eine unmögliche Suspensivbedingung wegen des favor testamenti (S. 309) „pro non scripta", die letztwillige Verfügung also als unbedingt gelten. Das BGB. kennt diese Ausnahme nicht. Unmögliche Suspensivbedingungen machen sonach nach BGB. das Rechtsgeschäft inter

c. Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte.

1. Das rR. ließ Bedingungen ursprünglich überhaupt nur bei negotia mortis causa zu, erst später auch bei negotia inter vivos und unter diesen am spätesten bei den synallagmatischen Verträgen: Kauf, Miete (D. 19, 2, 20), Gesellschaft (C. 4, 37, 6). Gewisse Rechtsgeschäfte, nämlich die — nach ihren Anfangsbuchstaben mit dem Merkwort „Hades" bezeichneten — Geschäfte des alten Civilrechts (actus legitimi: hereditatis aditio, acceptilatio, datio tutoris, emancipatio, servi optio) wurden aber auch nach späterem rR. durch die Hinzufügung jeder Bedingung (oder Befristung, S. 333[1]) nichtig, selbst wenn es sich nur um die (überflüssige) Hervorhebung einer gesetzlichen, also selbstverständlichen, oder einer sonstigen uneigentlichen Bedingung handelt (D. 50, 17, 195: expressa nocent, non expressa non nocent).[4])

2. Wegen des — dem BGB. fremden — Grundsatzes „semel heres, semper heres" (D. 28, 5, 89, s. u.) gilt die einer Erbeinsetzung zugefügte Resolutivbedingung — außer im Soldatentestament — für nichtgeschrieben, die Erbeinsetzung also als unbedingt[5]).

---

vivos und mortis causa gleichmäßig nichtig, unmögliche Resolutivbedingungen sind gleichmäßig bedeutungslos; über den Grund der verschiedenartigen Behandlung der Suspensiv- und der Resolutivbedingungen vgl. S. 326.

[4]) D. 50, 17, 77: Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem, veluti emancipatio (nach der Florentina „mancipatio"), acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio (Wahlvermächtnis), datio tutoris in totum vitiantur per temporis vel condicionis adiectionem. Nonnumquam tamen actus supra scripti tacite recipiunt, quae aperte comprehensa vitium afferunt.

[5]) Nach modernem Rechte sind keiner Bedingung zugänglich: die Aufrechnung (BGB. § 388), die Auflassung (BGB. § 925, wohl aber kann in Abt. II des Grundbuchs ein bedingtes Recht auf Rückauflassung oder eine Vormerkung, §§ 883 ff., eingetragen werden), die Eheschließung (§ 1317, das Gleiche muß für bedingte Verlöbnisse gelten; nach rR. waren solche gültig, nach kanonischem Recht kann jeder Teil zurücktreten), die Anerkennung der Ehelichkeit eines Kindes und die

d. Arten der Bedingungen.

1. Unerlaubte und unsittliche Bedingungen sind solche, durch deren Zufügung die Willenserklärung einen den Gesetzen oder den guten Sitten zuwiderlaufenden Inhalt erhält (Frl. A verspricht der Hebamme B unter der Bedingung erfolgreicher Abtreibung 1000 Mk., A verspricht dem B eine jährliche Rente, falls er seinen Glauben wechselt). An sich machen die unerlaubten (und die ihnen stets gleich zu stellenden unsittlichen) Bedingungen die Willenserklärung nichtig, wenn sie suspensive sind, während sie als resolutive als nicht vorhanden anzusehen sind (D. 45, 1, 61).[6]) Von diesem Satze macht jedoch das rR. (nicht aber das BGB.), wie für die unmöglichen Bedingungen (S. 322[3]), wegen des favor testamenti eine Ausnahme: bei letztwilligen Verfügungen gelten auch aufschiebende unerlaubte und unsittliche Bedingungen für nicht geschrieben, die Verfügungen also als unbedingte[7]). Hiernach vernichten unerlaubte (unsittliche,

---

Ehelichkeitserklärung (Legitimation, §§ 1598, 1724), die Annahme an Kindesstatt und die Aufhebung dieses Verhältnisses (§§ 1742, 1768), die Annahme und Ausschlagung einer Erbschaft, eines Vermächtnisses sowie einer Testamentsvollstreckung (§§ 1947, 2180, 2202). Alle diese Rechtsgeschäfte lassen auch eine Befristung nicht zu.

Ferner sind nur bedingungslos zulässig: Mahnung, Kündigung, Wechselerklärung (Ausstellung, Annahme, Indossierung), Aktienzeichnung (HGB. § 189), der Klageantrag („bestimmter Antrag", CPO. § 253[2]) und die Einlegung von Rechtsmitteln.

[6]) Über den Grund dieser Unterscheidung vgl. unten S. 326.

[7]) Von diesem Ausnahmesatze erkennt das rR. nun aber wieder einige Ausnahmen an, in denen es also bei der für negotia inter vivos geltenden Regel bleibt, daß die von einer suspensiven unerlaubten Bedingung abhängige Willenserklärung nichtig ist.

a. Nichtig (weil gegen die Testierfreiheit verstoßend) ist die captatorische Zuwendung, d. h. eine Zuwendung, die unter der Bedingung erfolgt, daß der Bedachte seinerseits dem Testator (oder einem Dritten) etwas zuwenden werde (vgl. D. 28, 5, 71 und 72).

b. Ungültig sind nach vorjustinianischem Rechte ferner die legata poenae nomine relicta, bei denen jemand für den Fall bedacht ist, daß der Erbe eine gewisse Handlung vornehmen oder unterlassen werde, weil die Absicht des Testators hierbei nicht auf eine Zuwendung an den Bedachten, sondern auf eine Benachteiligung des

unmögliche) Bedingungen nach rR. eine Willenserklärung nur, wenn sie aufschiebende und einem negotium inter vivos beigefügt sind; unerlaubte Resolutivbedingungen gelten sowohl bei Geschäften inter vivos als bei solchen mortis causa, unerlaubte Suspensivbedingungen nur bei negotia mortis causa als nicht vorhanden. Den unerlaubten stehen gleich (D. 28, 7, 14) die unnützen, d. h. die jedes vernünftigen Zwecks entbehrenden (heres esto, si reliquias eius in mare abiciat, D. 28, 7, 27), und die lächerlichen (condiciones derisoriae), die eine Verhöhnung des bedingt Berechtigten bezwecken (D. 28, 7, 14).

2. Perplexe Bedingungen,
d. h. widersinnige, durch deren Zufügung die Willenserklärung unverständlich wird (D. 28, 7, 16: si Titius heres erit, Seius heres esto; si Seius heres erit, Titius heres esto), entkräften als aufschiebende die Willenserklärung, als auflösende gelten sie als nicht zugefügt.

3. Willkürliche, zufällige, gemischte Bedingungen.

Im Anschluß an C. 6, 51, 1, 7 unterscheidet man condiciones potestativae, casuales, mixtae, je nachdem der Eintritt des zur Bedingung gemachten Umstands von dem Willen eines Beteiligten (si in capitolium ascenderit, D. 31, 3) oder vom Zufall (ich miete einen Wagen, falls es schön bleibt) oder von beiden (A soll 1000 Mk. erhalten, falls er das Referendarexamen macht) abhängt. Eine vom nackten Wollen des bedingt Verpflichteten abhängig gemachte Willenserklärung ist wirkungslos (sub hac condicione „si volam“ nulla fit obligatio,

---

Erben für den Fall des Zuwiderhandelns gegen den Willen des Testators gerichtet sei. Justinian hat die Unzulässigkeit der Straflegate beseitigt (G. 2, 235, I. 2, 20, 36, C. 6, 41, 1).

c. Die condicio iurisiurandi, d. h. die letztwillige Zuwendung unter der Bedingung, daß der Bedachte schwöre, etwas zu tun, wurde durch das prätorische Edikt in eine Auflage (modus) umgewandelt, d. h. der Bedachte erhielt die Zuwendung ohne Eidesleistung, mußte aber die Handlung, sofern sie möglich und erlaubt war, ausführen (D. 28, 7, 8).

D. 44, 7, 8, eine Ausnahme bildet der Kauf auf Probe, unten § 90 a); dagegen kann das billige Ermessen (arbitrium boni viri) des bedingt Verpflichteten oder das selbst nackte Wollen des bedingt Berechtigten zur Bedingung gemacht werden.

Eine besondere Art der willkürlichen Bedingung ist die sog. negative Potestativbedingung (condicio in non faciendo, zB. viduitatis). Hier entscheidet sich das Rechtsgeschäft erst mit dem Tode desjenigen, dessen Nichthandeln zur Bedingung gesetzt ist. Hierauf beruht die cautio Muciana (D. 35, 1, 18, s. u. im Erbrecht).

4. Affirmative und negative Bedingungen.

Affirmativ ist eine Bedingung, wenn das Eintreten, negativ, wenn das Nichteintreten eines Umstands zur Erfüllung erforderlich ist. Auf die positive oder negative Fassung kommt es nicht an; „wenn A nicht durch das Examen fällt" ist eine affirmative, „wenn A Hagestolz bleibt" eine negative Bedingung; denn im ersteren Fall ist das Bestehen des Examens, im letzteren das Nichtheiraten der bedingende Umstand.

5. Aufschiebende und auflösende Bedingung.

α. Begriff.

Eine aufschiebende oder Suspensivbedingung ist vorhanden, wenn das Wirksamwerden, eine auflösende oder Resolutivbedingung, wenn das Wirksambleiben einer Willenserklärung von dem Eintritt eines zukünftigen, ungewissen Umstands abhängt (zB. falls mein Neffe A bis zum 1. Januar 1905 sein Referendarexamen macht, soll er aus meinem Nachlasse bis zu seiner Anstellung als Amtsrichter eine jährliche Rente von 3000 Mk. erhalten; dagegen: mein Neffe A erhält 10000 Mk., er muß diesen Betrag jedoch, falls er nicht bis zum 1. Januar 1905 das Referendarexamen macht, meinem Neffen B herauszahlen).

Das aufschiebend bedingte Rechtsgeschäft ist nicht aufzufassen als ein unbedingtes Geschäft, dem durch eine selbständige, besonderer rechtlicher Behandlung zugängliche Neben-

willenserklärung ein bestimmter Inhalt gegeben ist, sondern als eine einheitliche und besonders geartete Willenserklärung. Dagegen läßt sich das auflösend bedingte Rechtsgeschäft — wenigstens nach der herrschenden Meinung — in zwei selbständige Willenserklärungen teilen: nämlich eine Hauptwillenserklärung und eine auf Aufhebung dieser gerichtete, aufschiebend bedingte Nebenwillenserklärung. Diesen Unterschied scheinen auch die römischen Juristen gefühlt zu haben, welche die auflösende Bedingung hauptsächlich gelegentlich der Nebenverträge beim Kauf (unten § 77): der in diem addictio (Vorbehalt des Rücktritts für den Verkäufer, falls sich binnen bestimmter Frist ein besserer Käufer findet), der lex commissoria (Vorbehalt des Rücktritts für den Verkäufer bei nicht rechtzeitiger Zahlung des Kaufpreises) und des pactum displicentiae (Vorbehalt des Rücktritts für den Käufer binnen einer gewissen Frist) behandeln. Sie nennen das aufschiebend bedingte Rechtsgeschäft „negotium condicionale", das auflösend bedingte „negotium purum quod sub condicione resolvitur", die aufschiebende Bedingung „condicio", die auflösende „conventio"; vgl. zB. D. 18, 2, 2, pr.: Quotiens fundus in diem addicitur, utrum pura emptio est, sed sub condicione resolvitur, an vero condicionalis sit magis emptio, quaestionis est.

Die praktische Bedeutung der vorstehenden Darlegung, nach welcher das suspensiv bedingte Geschäft ein einheitliches ist, während das resolutiv bedingte Rechtsgeschäft sich in ein unbedingtes Hauptgeschäft und ein aufschiebend bedingtes Nebengeschäft teilt, zeigt sich zunächst in der gegensätzlichen Behandlung der aufschiebenden und der auflösenden notwendigen, unmöglichen (S. 322[3]), unsittlichen, unerlaubten (S. 324) und perplexen (S. 325) Bedingungen, vor allem aber bei der wichtigen Frage der Regelung der Beweislast. Wenn der aus einem Rechtsgeschäft in Anspruch Genommene behauptet, es sei unter einer — noch nicht eingetretenen oder ausgefallenen — aufschiebenden Bedingung abgeschlossen, so gilt diese Einwendung als „negative Litiskontestation", nämlich als Bestreiten, daß das vom Kläger behauptete (unbedingte) Geschäft überhaupt geschlossen

sei; daher muß der **Kläger** beweisen, daß das Geschäft unbedingt abgeschlossen ist, oder falls er zugibt, daß die Bedingung beigefügt ist, daß sie sich erfüllt hat. Wenn der Beklagte dagegen einwendet, das Geschäft sei unter einer — inzwischen eingetretenen — **auflösenden** Bedingung abgeschlossen, so gibt er ein Geschäft als geschlossen zu, behauptet aber seinerseits (sog. qualifiziertes Geständnis, vgl. CPO. § 289), daß dem Geschäft eine selbständige Nebenbestimmung (die auflösende Bedingung) beigefügt worden sei; daher muß **er** sowohl beweisen, daß diese Zufügung erfolgt, als auch daß die auflösende Bedingung eingetreten ist[8]).

β. Die aufschiebende Bedingung.

a. Schwebezeit (condicio pendet).

In der Zeit zwischen der Abgabe der Willenserklärung und der Entscheidung, ob das als Bedingung gesetzte Ereignis eintritt (condicio existit) oder nicht (condicio deficit), ist die Willenserklärung noch nicht wirksam; es kann daher zB. noch nicht auf Erfüllung eines bedingten Kauf-, Miet-, Schenkungsvertrags geklagt werden (D. 20, 1, 13, 5: ante condicionem non recte agi, cum nihil interim debeatur) und bei bedingten Käufen geht nach rR. die Gefahr nicht, wie bei unbedingten (unten § 87 b 2), mit dem Abschlusse des Kaufvertrags auf den Käufer über (C. 4, 48, 5). Immerhin kann die Aussicht des Eintritts gewisser Rechtswirkungen vom Rechte nicht völlig außer Acht gelassen werden.

1) **Vom Standpunkte des Berechtigten** ist das bedingte Recht bereits ein Vermögensbestandteil („spes debitum iri", I. 3, 15, 4), daher zB. genügende Grundlage für Bürgschaft, Pfand oder Arrest (CPO. § 916, nicht aber für die Ersitzung, D. 18, 2, 4, pr.); es ist ferner veräußerlich (vgl. jedoch D. 35, 1, 41 für bedingte Vermächtnisforderungen) und bei negotia inter vivos vererblich

---

[8]) Über diese berühmte Beweislastfrage vgl. vor allem **Stölzel**, Schulung für die civilistische Praxis, Band I.

(I. 3, 15, 4). Dagegen ist die aufschiebend bedingte letztwillige Zuwendung — da die Absicht des Testators auf Zuwendung an den Bedachten persönlich gerichtet ist — unvererblich (C. 6, 51, 1, 7). Stirbt nämlich der Bedachte vor Eintritt der Bedingung, wenn auch nach dem Tode des Erblassers, so geht auf seine Erben nichts über (nicht ganz soweit geht BGB. § 2074, wonach die Unvererblichkeit nur vermutet wird).

2) Auf seiten des Verpflichteten ist bereits eine gewisse Gebundenheit vorhanden, die sich in der Verantwortlichkeit des bedingt Verpflichteten für willkürliche Beeinträchtigungen des Rechts des bedingt Berechtigten (BGB. §§ 160 Abs. 1, 161 Abs. 1) und insbesondere in der Unzulässigkeit einer geschäftswidrigen Einwirkung auf den Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung äußert, dergestalt, daß die vereitelte Bedingung als eingetreten, die herbeigeführte als ausgefallen angesehen wird (quotiens per eum, cuius interest, condicionem non impleri, fiat quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta condicio fuisset, D. 50, 17, 161; 18, 1, 50; 35, 1, 81, 1; 45, 1, 85, 7); ebenso BGB. § 162.

b. Entscheidung der Bedingung.

1) Wann eine Bedingung als eingetreten oder ausgefallen anzusehen ist, ist Auslegungsfrage (vgl. zB. D. 35, 1, 29: haec condicio, „si in Capitolium ascenderit" sic recipienda est „si cum primum potuerit Capitolium ascendere"); vgl. ferner D. 35, 1, 2 (absichtliche, nicht bloß zufällige Erfüllung). Nach D. 28, 7, 23 und 36, 2, 5 5 soll die bedingte letztwillige Zuwendung schon dann von dem Bedachten erworben werden, wenn diesem eine Handlung auferlegt war, die vorzunehmen er fruchtlos versucht hatte (verallgemeinert im kanonischen Recht in VI^to 5, 12, 66: cum non stat per eum, ad quem pertinet, quominus condicio impleatur, haberi debet perinde, ac si impleta fuisset; vgl. BGB. § 2076).

2) Mit dem Eintritte der aufschiebenden Bedingung wird das Rechtsgeschäft vollwirksam, D. 18, 1, 7 und zwar

tritt die Vollwirksamkeit jedenfalls für die Folgezeit (ex nunc) ein; ob auch ex tunc, d. h. von der Vornahme des Rechtsgeschäfts an, also mit rückwirkender Kraft (sog. Retrotraktion der eingetretenen Bedingung), ist für das rR. streitig. Dies ist jedenfalls zu verneinen hinsichtlich der Wirkungen des Rechtsgeschäfts, denn jede aufschiebende Bedingung ist in der Regel gleichzeitig als Befristung (dies incertus) anzusehen, sodaß der bedingt Berechtigte nach Eintritt der Bedingung zB. die Nutzungen der Zwischenzeit nicht beanspruchen kann (D. 30, 30, 4: dies incertus appellatur condicio; D. 36, 2, 22, pr.: per condicionem tempus demonstratur). Auch die Anspruchsverjährung beginnt erst mit Eintritt der Bedingung zu laufen (C. 7, 39, 7, 4). In der Tat bezieht sich der Streit, mit Rücksicht auf die sich widersprechenden Quellenstellen, wesentlich darauf, ob das Dogma „condicio existens retrotrahitur ad initium negotii" nicht wenigstens hinsichtlich des Daseins des Rechtsgeschäfts aufrechtzuerhalten sei[9]).

3) Mit dem Ausfalle der aufschiebenden Bedingung ergibt sich endgültig die Wirkungslosigkeit des Geschäfts. Sollte ein Teil hierauf schon etwas geleistet haben, so fordert er es mit der condictio causa data causa non secuta

---

[9]) Bezüglich der Forderungsrechte berufen die Anhänger des Dogmas der Rückziehung sich auf D. 20, 4, 11, 1, wo hinsichtlich der Priorität der Pfandrechte gesagt wird: cum semel condicio existit, perinde habetur, ac si illo tempore quo stipulatio interposita est, sine condicione facta esset; bezüglich der besonders bestrittenen bedingten Eigentumsübertragung vgl. D. 23, 3, 9, 1, D. 12, 1, 8. Jedenfalls werden Vorausverfügungen des bedingt Berechtigten während der Schwebezeit mit dem Eintritte der Bedingung vollwirksam.

Nach BGB. hat die erfüllte Bedingung hinsichtlich der Wirkungen keine rückwirkende Kraft (§ 158, vgl. jedoch § 159), wohl aber hinsichtlich des Daseins, insofern als die schon mit dem Geschäftsschluß eintretende Gebundenheit mit Eintritt der Bedingung endgültig bestehen bleibt. Daher kommt es für die Geschäfts- und Verfügungsfähigkeit des ein bedingtes Geschäft Abschließenden auf den Zeitpunkt des Geschäftsschlusses an, und von da an datiert auch das für eine bedingte Forderung bestellte Pfandrecht, was für dessen Rangordnung wichtig ist (prior tempore, potior iure, unten § 143 b; vgl. BGB. §§ 1113 Abs. 2, 1209, 879).

(BGB. § 812, unten § 113 b) zurück. In Vertragsverhältnissen wirkt die ehemalige Existenz des bedingt geschlossenen Vertrags aber noch insofern weiter, als die Zurückforderung mit der dem Zurückfordernden regelmäßig günstigeren Vertragsklage erfolgen kann (D. 18, 3, 4, pr.).

γ. Die auflösende Bedingung.

a. Die Willenserklärung, der eine auflösende Bedingung beigefügt ist, wird sogleich wirksam und der auch hier eintretende Schwebezustand bezieht sich nicht auf das Wirksamwerden, sondern auf das Wirksambleiben des Rechtsgeschäfts. Daher kann der auflösend-bedingt Berechtigte ersitzen, Früchte ziehen, Accessionen erwerben (D. 18, 2, 2, 1). Die Möglichkeit späteren Unwirksamwerdens wird vom Recht in gewissen Beziehungen überhaupt nicht berücksichtigt (zB. KO. § 66), wohl aber (entsprechend der Regelung bei der Suspensivbedingung, S. 329), insofern, als der durch ein auflösend bedingtes Rechtsgeschäft Berechtigte weder das Recht des beim Eintritte der Resolutivbedingung Berechtigten vereiteln, noch den Eintritt der Bedingung wider Treu und Glauben verhindern darf (BGB. §§ 160 Abs. 2, 161 Abs. 2, 162).

b. Mit dem Ausfalle der Resolutivbedingung steht der Fortbestand der eingetretenen Rechtswirkung fest, mit ihrem Eintritt ist diese Rechtswirkung wieder zu beseitigen. Hierbei kommt zweierlei in Frage:

1) Wirkt die eintretende Resolutivbedingung bis auf die Eingehung des Rechtsgeschäfts zurück (ex tunc) oder nur für die Folgezeit (ex nunc)? Nach rR. und BGB. 158 Abs. 2 gilt letzteres; die Nutzungen der Zwischenzeit behält also in der Regel der Zwischenberechtigte.

2) Hat die eintretende Resolutivbedingung absolute (dingliche) oder nur relative (obligatorische) Kraft, d. h. werden die auf Grund des auflösend bedingten Rechtsgeschäfts eingetretenen Rechtswirkungen von selbst und auch dritten gegenüber wieder beseitigt (nach dem Satze resoluto iure dantis resolvitur ius concessum, S. 265), oder tritt nur unter den Beteiligten eine obligatorische Verpflichtung zu ihrer Beseitigung ein?

Das ältere rR. hat für die hauptsächlich behandelten auflösenden Bedingungen beim Kaufe (pactum displicentiae in diem addictio, lex commissoria, unten § 77) nur die obligatorische Wirkung anerkannt, das spätere Recht dagegen der eintretenden Resolutivbedingung, wenigstens für die in diem addictio und die lex commissoria, absolute Wirkung beigelegt[10]).

§ 52. Die Befristung.

a. Allgemeines.

Ein Rechtsgeschäft ist befristet, wenn es von dem Eintritt eines zukünftigen Zeitpunkts abhängig gemacht ist. Dieser Zeitpunkt (dies, Termin) kann als Anfangspunkt (heute dies a quo, aufschiebende Befristung genannt) oder als Endpunkt (heute dies ad quem, auflösende Befristung genannt) in Betracht kommen. Die Römer sprachen von stipulatio, debitum, hereditas „ex die“ und „ad diem“ (D. 28, 5, 34). „In diem“ wird für beide Terminsarten verwendet (I. 3, 15, 2 und D. 44, 7, 44, 1).

Das befristete Rechtsgeschäft hängt gleich dem bedingten in seiner Wirksamkeit von einem zukünftigen Umstand ab; der Eintritt des letzteren ist aber beim bedingten Rechtsgeschäft ungewiß, beim befristeten gewiß. Trotz der Einfachheit dieses begrifflichen Unterschieds ist die Unterscheidung häufig zweifelhaft, da eine anscheinende Befristung vielfach in Wahrheit eine Bedingung ist (per tempus condicio demonstratur, S. 330) und umgekehrt. Man pflegt 4 Arten von Zeitbestimmungen zu unterscheiden: dies certus an et quando (zB. ein versichertes Kapital ist zahlbar am 8. Februar 1915), dies certus an incertus quando (zahlbar bei meinem Tode), dies incertus an, certus

[10]) Daher wird in C. 4, 54, 4 dem Verkäufer, der wegen Nichtzahlung des Kaufpreises auf Grund einer lex commissoria die Kaufsache zurückverlangt, die dingliche rei vindicatio, nicht nur die persönliche actio venditi gewährt. Auch nach BGB. § 158 tritt mit dem Eintritte der auflösenden Bedingung der frühere Rechtszustand von selbst und grundsätzlich mit dinglicher Wirkung wieder ein.

quando (zahlbar an meinem 70. Geburtstage), dies incertus an et quando (zahlbar am Hochzeitstage meiner Tochter) und hält die beiden ersten für Befristungen, die beiden letzten für Bedingungen. Auch dies ist jedoch nicht maßgebend, vielmehr ist die Frage, ob eine Zeitbestimmung dies oder condicio ist, nach den Umständen des einzelnen Falls zu entscheiden, je nachdem es den Beteiligten mehr darauf ankommt, ob der Eintritt des Ereignisses an sich oder nur dessen Zeitpunkt ungewiß ist[1]).

b. Der Anfangstermin.

Beim dies a quo entsteht, wie bei der sich verwirklichenden Suspensivbedingung (S. 329) die Frage, wie das Rechtsgeschäft vom Tage seiner Vornahme (dies cedens) bis zum Eintritte des Anfangstermins (dies veniens)[2])

---

[1]) Die praktische Bedeutung dieser Unterscheidung tritt besonders bei der Frage der Vererblichkeit hervor. Befristete, nicht aber bedingte Vermächtnisse sind nach rR. vererblich (D. 35, 1, 1, 2; vgl. BGB. § 2074). Gerade hierbei ist in den Quellen darauf hingewiesen, daß es von der Auslegung des Testaments abhängt, ob der einem Vermächtnisse beigefügte ungewisse Termin nur zur Bezeichnung der Erfüllungszeit dient oder ob seine Erreichung durch den Bedachten Bedingung der Zuwendung selbst sein soll; vgl. D. 36, 1, 48 und die merkwürdige Unterscheidung in D. 35, 1, 79, pr.

Der Unterschied zwischen bedingten und befristeten Rechtsgeschäften kommt auch im Konkurse (vgl. KO. §§ 65 ff.), ferner bei der Regelung der Beweislast (S. 274[4]) in Frage.

Endlich hat die Kennzeichnung einer Zufügung als einer Bedingung oder einer Befristung noch insofern praktische Bedeutung, als nicht alle (wenn auch die meisten) bedingungsfeindlichen Rechtsgeschäfte (S. 323) auch eine Befristung ausschließen, so zB. nicht der Wechsel (WO. Art. 4[4]).

[2]) Die Römer stellen sich die Zeitbewegung örtlich vor. Der dies verläßt — cedit — den Punkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts und kommt — venit — bei einem bestimmten anderen Zeitpunkt an. Vgl. D. 50, 16, 213: „Cedere diem" significat incipere deberi pecuniam; „venire diem" significat eum diem venisse, quo pecunia peti possit. ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies: ubi in diem, cessit dies, sed nondum venit: ubi sub condicione, neque cessit neque venit dies pendente adhuc condicione.

zu behandeln sei. Auf Grund widersprechender Quellenstellen[3]) ist es für das rR. streitig, ob das Rechtsgeschäft schon vom dies cedens an vorhanden ist, aber erst vom dies veniens an seine Erfüllung verlangt werden kann (Savigny), oder ob es erst mit dem letzteren Zeitpunkt entsteht, sodaß vorher nur eine Gebundenheit des Verpflichteten wie beim suspensiv bedingten Geschäfte während der Schwebezeit entsteht[4]).

c. Der Endtermin.

Beim dies ad quem ist, wie für den Eintritt der Resolutivbedingung (S. 331), für das rR. streitig, ob mit Eintritt des Endtermins dieses Recht ipso iure untergeht (sog. dingliche Wirkung), oder ob nur eine obligatorische Verpflichtung des Berechtigten zur ferneren Nichtausübung und zur Rückübertragung des Rechts entsteht[5]).

---

[3]) Einerseits heißt es in D. 45, 1, 46, pr. von der befristeten Obligation: praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio, und in D. 12, 6, 10 bei Feststellung der Unzulässigkeit einer condictio indebiti (vgl. BGB. § 813): in diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit; nach D. 20, 4, 12, 2 datiert ferner die unter einer aufschiebenden Befristung eingegangene Hypothek vom Tage der Bestellung, nicht des eintretenden dies, geht also zwischendurch bestellten unbefristeten Hypotheken vor. Die Anhänger der Meinung, daß das Rechtsgeschäft erst mit dem Eintritte des dies rechtswirksam wird, weisen dagegen vor allem auf die allein dieser Auffassung entsprechende Behandlung der dinglichen Rechte in den Quellen hin (D. 7, 9, 9, 2; 7, 4, 1, 2).

[4]) Nach richtiger Ansicht läßt sich diese Frage sowohl für das rR. als für das — keine ausdrückliche Bestimmung enthaltende — BGB. nicht einheitlich, sondern nur nach dem einzelnen Fall entscheiden.

[5]) Gemeinrechtlich wurde vorwiegend die dingliche Wirkung verteidigt, die auch der geschichtlichen Entwickelung entspricht. Nach älterem römischem Civilrechte war die Zufügung eines Endtermins beim Nießbrauch und Pfandrechte, bei der Superfizies und Emphyteuse sowie bei fast allen Obligationen zulässig und bei diesen Geschäften hörte mit Eintritt des Termins das Recht ipso iure auf. Bei der Eigentumsübertragung, den Grunddienstbarkeiten und Stipulationsobligationen dagegen war nach Civilrecht ein Endtermin überhaupt unzulässig (ad tempus proprietas transferri nequit). Erst durch das prätorische Recht

Fünfter Titel. Vertretung. Vollmacht (BGB. §§ 164—181).

§ 53. Vertretung und Vollmacht.

a. Begriff der Vertretung.

Stellvertretung (das BGB. spricht in dem — nur die unmittelbare Stellvertretung, s. u., behandelnden — 5. Titel von „Vertretung") ist Vornahme eines Rechtsgeschäfts für einen Anderen (den Vertretenen oder „Prinzipal"). Keine Stellvertretung gibt es bei Delikten, und Stellvertreter (procurator, D. 3, 3, 1, pr.) ist nur, wer für einen Anderen ein Rechtsgeschäft vornimmt, nicht wer hierbei nur Dienste tatsächlicher Natur (D. 13, 5, 15: ministerium tantummodo) leistet, wie der Gehülfe, der Dolmetscher, der Bote (nuntius), der Vermittler (proxeneta). Stellvertretung ist ferner nur Handeln für einen Anderen; daher gelten im rR. die namens des Hausherrn handelnden Hauskinder und Sklaven nicht als seine Vertreter, da sie mit ihm nur eine einzige Rechtspersönlichkeit bilden (S. 155,

---

wurde seine Beifügung bei den Prädialservituten und den Stipulationsverbindlichkeiten zugelassen, aber nur mit der Wirkung, daß die Rechte mit dem Eintritte des Termins nicht ipso iure untergingen, sondern ihrer Geltendmachung eine exceptio entgegenstand und der bisher berechtigt Gewesene zur Aufgabe und Rückübertragung der Rechte und zur Beseitigung der in der Zwischenzeit diesen etwa auferlegten Beschränkungen persönlich (obligatio ad restituendum) verpflichtet war. Diokletian und Justinian endlich bestimmten (C. 8, 54, 2, C. 6, 37, 26), daß bei der zeitlich beschränkten Eigentumsübertragung auf Grund einer Schenkung oder eines Vermächtnisses mit dem Eintritte des Endtermins das Eigentum von selbst an den Veräußerer zurückfallen solle (sog. revokables oder interimistisches Eigentum). Manche meinen freilich, daß auch diese Stellen nur eine obligatio ad restituendum im Auge haben. Jedenfalls ist für das moderne Recht kein Grund vorhanden, Zulässigkeit und Wirkung der Endtermine nach den verschiedenen Geschäftsgattungen verschieden zu bestimmen, und das BGB. bestimmt daher in § 163 die Anwendbarkeit der für die auflösende Bedingung geltenden Vorschriften, erkennt also (S. 332[10]) die unmittelbare dingliche Wirkung an.

207). Endlich ist Stellvertretung Handeln an Stelle eines Anderen. Dies bedarf näherer Erläuterung.

Nimmt jemand im Interesse eines Anderen („für fremde Rechnung") ein Rechtsgeschäft vor, so kann dies in doppelter Weise geschehen: entweder so, daß der Handelnde das Geschäft im eigenen Namen vornimmt, hierbei tritt das Handeln für Rechnung des Anderen nach außen garnicht hervor, und dieser erwirbt daher Rechte und Pflichten erst mittelbar, nämlich durch Übertragung seitens des Handelnden, die er freilich auf Grund des zwischen ihm und dem Handelnden bestehenden Rechtsverhältnisses (zB. Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, Vormundschaft) mit den entsprechenden Klagen (actio mandati oder negotiorum gestorum directa, actio tutelae) erzwingen kann (stille, mittelbare, indirekte Stellvertretung). Oder die Vornahme eines Rechtsgeschäfts für Rechnung eines Anderen erfolgt so, daß das Geschäft auf den Namen des Vertretenen (alieno nomine) abgeschlossen wird, wobei Rechte und Pflichten nicht vom Vertreter, sondern unmittelbar vom Vertretenen erworben werden (offene, unmittelbare, direkte Stellvertretung).[1])

Das moderne Recht kennt (S. 341[6]) beide Formen des Handelns für einen Anderen, die mittelbare Stellvertretung besonders in der Gestalt des Kommissionsgeschäfts (HGB. §§ 383 ff.). Dagegen hat das rR. stets nur die Form der mittelbaren Stellvertretung anerkannt. Freilich gab es auch im rR. einen Fall unmittelbaren Rechtserwerbs durch einen Anderen, nämlich nach dem Grundsatze, daß dem Hausherrn alles unmittelbar anfällt, was Hauskinder oder Sklaven erwerben. Dies wurde jedoch, wie S. 207 erwähnt, nicht als Stellvertretung aufgefaßt, denn die Hausgenossen galten

[1]) Beauftragt A den B, für ihn von C ein Pferd zu kaufen, dann kann (heute, S. 341[6]) B mit C den Kaufvertrag auf seinen eigenen Namen abschließen oder in Vollmacht des A in dessen Namen; im ersteren Falle hat C nur mit B zu tun, im letzteren Falle nur mit A. Nicht jede Vornahme eines Rechtsgeschäfts im Interesse eines Dritten ist übrigens Stellvertretung, so insbesondere nicht der Abschluß eines pactum in favorem tertii (unten § 75[1]).

gewissermaßen nur als die Organe des Hausherrn. Das Dogma der Unzulässigkeit unmittelbarer Stellvertretung wurde hierdurch also nicht durchbrochen.

Die Bildung dieses für unser heutiges Verkehrsleben nicht mehr passenden und kaum noch verständlichen Satzes ist auf verschiedene Umstände zurückzuführen. In älterer Zeit reichten Sklaven und Hauskinder zur Besorgung der Verkehrsgeschäfte des Hauses regelmäßig aus; das Bedürfnis der Zulassung einer unmittelbaren Stellvertretung war deshalb gering. Das rR. ging ferner von dem Grundsatz aus, daß jeder seine Rechtsverhältnisse durch eigenes Handeln gestalten müsse — einem Satze, der u. a. in der Auffassung des Schuldverhältnisses als „iuris vinculum“ (unten § 66 a 4) und in der Notwendigkeit des eigenen Handelns des Mündels, unter Beschränkung des Vormunds auf eine bloße „auctoritatis interpositio“ (S. 277), Wirkungen äußerte. Endlich wirkte auch wohl die Anschauung mit, daß das Handeln für einen Anderen eines unabhängigen Freien nicht würdig sei. Aus diesen Gründen gelangte der Satz zur Geltung: „per liberam personam nihil adquiri posse“ (C. 4, 27, 1, pr.).

Mit der Steigerung des Verkehrs wurde dieser Grundsatz der Unzulässigkeit unmittelbarer Stellvertretung als Hindernis empfunden. Vor allem konnten Gewaltuntergebene zwar für Erwerbs-, nicht aber für Verpflichtungsgeschäfte als Organe des Gewalthabers handeln. Was Gewaltuntergebene erwarben, fiel dem Gewalthaber zu; gingen sie aber Verpflichtungsgeschäfte ein, so konnte der Gegner sich nur an sie, nicht an den Gewalthaber halten. Den hierdurch hervorgerufenen Schwierigkeiten begegnete das spätere römische Recht auf doppelte Weise, jedoch unter grundsätzlicher Aufrechterhaltung der Unzulässigkeit unmittelbarer Stellvertretung.

1. Einerseits zog man die Linie der zulässigen tatsächlichen Vertretung (ministerium, S. 335) sehr weit und gelangte so zur Möglichkeit eines unmittelbaren Besitzerwerbs und dadurch vermittelten Eigentums- und Pfandrechtserwerbs

durch einen Dritten[2]). Dagegen blieb es für die Schuldverhältnisse noch im justinianischen Rechte bei der Unzulässigkeit unmittelbarer Vertretung. Nur für das Darlehen wurde eine Ausnahme gemacht. Lieh jemand Geld auf den Namen eines Anderen, so erwarb dieser ohne weiteres die Darlehnsklage (D. 12, 1, 9, 8); vgl. die Zusammenstellung in I. 2, 9, 5 und C. 7, 32, 1.

2. Andererseits gab das prätorische Recht der mittelbaren Stellvertretung eine praktische Ausdehnung durch Zulassung der actiones adiecticiae qualitatis.

Wenn ein Gewaltuntergebener (Hauskind oder Sklave) im Namen des Gewalthabers oder ein Beauftragter (procurator) im Namen des Auftraggebers handelte, so wurde nach den oben dargelegten Grundsätzen zunächst nur der Handelnde (der Sklave auch nur „naturaliter", unten § 72 b 2) verpflichtet. Das prätorische Edikt gewährte nun unter bestimmten Voraussetzungen **neben den Klagen** gegen den das Geschäft Abschließenden die gleichen Klagen in bestimmter Form[3]) gegen den Gewalthaber und Auftraggeber, sodaß die Handelnden und die, für die gehandelt war, in das Verhältnis von Solidarschuldnern (unten § 86 b) traten.

---

[2]) D. De adquir. rerum dominio 41, 1, 13, pr.: „Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eique sit tradita meo nomine, dominium mihi, id est proprietas adquiritur etiam ignoranti". Für den Erwerb des Pfandrechts vgl. D. 13, 7, 11, 6, wo die obligatorischen und die possessorischen Beziehungen streng auseinandergehalten sind. Nur die letzteren können durch einen gewillkürten (procurator) oder gesetzlichen Vertreter (tutor) begründet werden. Auch die Erklärung des Erbschaftsantritts nach prätorischem Rechte (bonorum possessio), nicht aber nach Civilrecht (hereditas), kann durch einen unmittelbaren Stellvertreter erfolgen (D. 37, 1, 3, 7).

[3]) Die intentio der adjektizischen Klagen war auf den Geschäftsführer, die condemnatio auf den Geschäftsherrn gestellt. Eine actio empti institoria hat (nach Lenel, Edictum perpetuum), etwa so gelautet: Quod Aulus Agerius (Kläger), de Lucio Titio (Geschäftsführer), cum is a Numerio Negidio (Geschäftsherr) tabernae praepositus esset, X pondo olei emit, cui rei Lucius Titius a N° N° praepositus erat, quidquid ob eam rem Lucium Titium A° A° dare facere oportet ex fide bona, eius iudex N^m N^m A° A° condemna, si non paret absolve.

In den zu β, γ, δ erwähnten Fällen war die Haftung des Gewalthabers ihrem Umfange nach beschränkt, in den übrigen Fällen haftete er in voller Höhe. Da es sich hierbei um Eintreten eines zweiten Schuldners, nicht um Verschiebung einer Obligation auf einen anderen als den ursprünglich Verpflichteten, handelte, nannte man diese Klagen actiones adiecticiae qualitatis („hoc enim edicto non transfertur actio sed adicitur", D. 14, 1, 5, 1).

Actiones adiecticiae qualitatis, also Klagen gegen den Geschäftsherrn aus Rechtsgeschäften, die ein Geschäftsführer im eigenen Namen, aber für Rechnung des Geschäftsherrn abgeschlossen hatte, sind:

α. die actio quod iussu (D. 15, 4), wenn ein Gewaltuntergebener auf Ermächtigung — iussus — des Gewalthabers ein bestimmtes Rechtsgeschäft des letzteren besorgt; der iussus kann an den Vertragsgenossen oder an den Gewaltuntergebenen gerichtet sein;

β. die actio de peculio (D. 15, 1), wenn ein Gewaltuntergebener auf Grund des ihm tatsächlich zur selbständigen Verwaltung eingeräumten, rechtlich aber dem Herrn eigentümlich verbliebenen Sonderguts (peculium) Geschäfte abschließt; die Haftung des Herrn beschränkt sich auf den Nettobetrag des peculium, nach Abzug (deductio) seiner Ansprüche an den Unterworfenen[4]);

---

[4]) Der Gewalthaber konnte das peculium zwar jederzeit wieder einziehen oder vermindern. Ebenso fiel das Sondergut mit Beendigung der patria potestas (Tod des Vaters, Tod oder Emanzipation des Kindes) an den Vater oder seine Erben zurück. Diese Personen hafteten aber mit dem Eingezogenen der actio de peculio gegenüber noch während eines annus utilis (unten § 55 e); vgl. D. 15, 2: Quando de peculio actio annalis est. Übrigens waren die Forderungen des Gewalthabers gegen den Gewaltunterworfenen nicht klagbar, sondern nur abziehbar, sie hatten also nur den Charakter von Naturalforderungen (obligationes naturales). Zwischen den zu einander in einem Gewaltverhältnisse stehenden Personen konnte eine klagbare Obligation (civilis obligatio) nicht entstehen, da der Gewaltunterworfene vermögensrechtlich keine eigene Persönlichkeit hatte. Hierüber ist bei der Lehre von den Naturalobligationen zu sprechen (unten § 72 b 2).

γ. die actio tributoria (D. 14, 4), wenn der Herr den Gewaltunterworfenen mit dem peculium ein Handelsgewerbe (taberna) hat betreiben lassen; hierbei haftet der Herr, anders wie bei der actio de peculio, auf den Bruttobetrag des peculium, d. h. er darf seine eigenen Ansprüche nicht abziehen;

δ. die actio de in rem verso (D. 15, 3), wenn der Gewalthaber durch ein Geschäft des Untergebenen reicher geworden ist; er haftet dann bis zum Betrage dieser Bereicherung für die von dem Untergebenen eingegangenen Verpflichtungen;

ε. die actio institoria (D. 14, 3), wenn der Inhaber eines Geschäfts (dominus tabernae) einen Anderen (Gewaltunterworfenen oder Freien) zum Handlungsbevollmächtigten (institor) für diesen Gewerbebetrieb gemacht hat (praeposuerat), sofern der institor in den Grenzen seiner Vertretungsmacht (lex praepositionis, vgl. D. 14, 3, 11, 2) gehandelt hatte; streitig ist, ob der dominus auch für Delikte des institor haftet (vgl. D. 14, 3, 5, 8 u. 10);

ζ. die actio exercitoria (D. 14, 1), wenn ein Rheder (exercitor navis, is qui navem exercet), einen Freien oder Gewaltunterworfenen zum Schiffsführer (magister navis, Schiffer, Kapitän)[5]) bestellt hat, soweit es sich um Geschäfte handelt, zu denen der Schiffer ermächtigt war oder die für den Betrieb der Schiffahrt erforderlich waren.

Während die actiones quod iussu, de peculio, tributoria und de in rem verso ein Gewaltverhältnis voraussetzen, sind die actiones institoria und exercitoria, wie erwähnt, auch dann gegeben, wenn ein Freier in einem dauernden Verhältnis (als Gewerbe- oder Schiffsführer) zu einem Prinzipale steht. In entsprechender Ausdehnung wird die actio de in rem verso (als actio utilis, unten S. 385) auch für den Erwerb durch Rechtsgeschäfte eines

---

[5]) Institor ist also ein Geschäftsführer, exercitor ein Geschäftsherr; dem institor eines Gewerbebetriebs entspricht bei der Rhederei der magister navis.

freien Vertreters, die actio institoria als actio quasi institoria, ad exemplum institoriae, auch dann gewährt, wenn jemand einem Freien zu einem einzelnen Rechtsgeschäfte Vollmacht erteilt hatte.

Die actiones adiecticiae qualitatis setzen sämtlich voraus, daß in eigenem Namen, aber ersichtlich für fremde Rechnung gehandelt war. Sie bilden einen Übergang von der mittelbaren zur unmittelbaren Stellvertretung; von der mittelbaren unterscheiden sie sich dadurch, daß sie nicht gegen den Geschäftsführer allein, von der unmittelbaren dadurch daß sie nicht gegen den Geschäftsherrn allein gehen. Trotz dieser und anderer Übergangsformen hat jedoch auch noch das justinianische Recht an der grundsätzlichen Unzulässigkeit unmittelbarer Stellvertretung festgehalten. Noch in C. 4, 50, 6, 3 ist anerkannt, daß, wenn jemand als unmittelbarer Stellvertreter alieno nomine einen Kauf abgeschlossen hat, die actio empti weder dem Vertretenen noch ihm selbst zusteht, weil er für sich nicht kaufen wollte, für jenen nicht kaufen konnte (dum tibi non vis, nec illi potes).[6])

---

[6]) Der Grundsatz der Unzulässigkeit einer unmittelbaren Stellvertretung, der nach dem im Text Gesagten das rR. auch noch in seiner höchsten Entwickelung beherrscht hat, ist nicht als gemeinrechtlich anzusehen. Zwar war eine unmittelbare Stellvertretung auch dem deutschen Recht unbekannt; sie wurde aber unter dem Einflusse der naturrechtlichen Schule des 17. Jahrhunderts ausgebildet und — als für das moderne Verkehrsleben unentbehrlich — seither, wenn auch gegen den Widerspruch einzelner Romanisten (Puchta, Vangerow) in Theorie und Praxis durchgängig anerkannt. Dementsprechend bestimmt auch BGB. § 164: „Eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen."

Mit der grundsätzlichen Anerkennung der unmittelbaren Stellvertretung hatten die Notbehelfe des rR. ihre Bedeutung verloren, so insbesondere die actiones adiecticiae qualitatis, welche eine Haftung des Vertreters und des Vertretenen neben einander zur Geltung brachten. Heute haftet bei unmittelbarer Vertretung — Vertretungsmacht (S. 342) natürlich vorausgesetzt — nur der Vertretene, bei mittelbarer Vertretung nur der Vertreter.

Aus der Anerkennung der unmittelbaren Stellvertretung im modernen Recht folgt natürlich nicht ihre Zulässigkeit bei allen Rechtsgeschäften. Der Satz in VI^to 5, 13, 68: potest quis per alium,

b. Voraussetzungen wirksamer Vertretung.

1. Damit ein in Stellvertretung vorgenommenes Rechtsgeschäft für und gegen den Vertretenen wirke, ist zunächst erforderlich, daß der Stellvertreter eine Vertretungsmacht, d. h. die Befugnis („Legitimation") hatte, für den Vertretenen zu handeln. Die Vertretungsmacht wird einer Person entweder durch Rechtssatz (gesetzlicher Vertreter, zB. Vater — nach BGB. auch die eheliche Mutter —, Ehemann, Vormund, Pfleger, Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft, HGB. § 114) oder durch Rechtsgeschäft seitens des zu Vertretenden (Bevollmächtigung, Vollmachtserteilung) gewährt (gewillkürter Vertreter).

---

quod potest facere per se ipsum, bedarf vielmehr einer Einschränkung. Ausgeschlossen ist insbesondere jede Art von Stellvertretung bei familien- und erbrechtlichen Geschäften, so bei der Eheschließung (BGB. § 1317, nur Souveräne und deren Familien können, sofern dies observanzmäßig zugelassen ist, eine Ehe per procurationem schließen, Reichspersonenstandsgesetz § 72) und der Testamentserrrichtung (§ 2064; vgl. ferner §§ 1336, 1337, 1358, 1595, 1728, 1748, 1750). Unzulässig ist ferner grundsätzlich das sog. „Kontrahieren mit sich selbst", d. h. die Vornahme eines Rechtsgeschäfts durch eine Person, die hierbei als Vertreter der mehreren beteiligten Parteien handelt. So die herrschende Meinung im Gem. R. auf Grund von D. 2, 14, 9, pr.: difficile est, ut unus homo duorum vicem sustineat; vgl. jedoch D. 26, 7, 9, 3—5; 41, 4, 2, 8 und 9; ähnlich BGB. § 181, wonach das Kontrahieren mit sich selbst nur bei Gestattung und für Erfüllungsgeschäfte zulässig ist.

Nach Anerkennung der Zulässigkeit einer unmittelbaren Stellvertretung wurde es im Gem. R. streitig, wie das Verhältnis des Vertreters zum Vertretenen juristisch zu begründen sei, ob der Vertreter als eigentliche Geschäftspartei zu behandeln sei und nur die Wirkungen des Geschäfts den von ihm „repräsentierten" Vertretenen zuzurechnen seien oder ob der Vertretene unmittelbare Geschäftspartei sei, als deren Organ der Vertreter handele? Bei der ersteren Auffassung (sog. Repräsentationstheorie) müssen die Voraussetzungen der Vornahme der Handlung (Handlungsfähigkeit, Auslegung der Willenserklärung, Willensmängel — Irrtum, Zwang, Betrug — bona und mala fides, Kenntnis von Mängeln der Kaufsache) nach der Person des Vertreters, bei der letzteren Auffassung nach der Person des Vertretenen beurteilt werden. BGB. § 166 Abs. 1 schließt sich der Repräsentationstheorie an; vgl. jedoch Abs. 2 (ähnlich schon D. 21, 1, 51, pr.).

Der Umfang der Vertretungsmacht ist beim gesetzlichen Vertreter stets durch Gesetz, beim gewillkürten zunächst durch das Bevollmächtigungsgeschäft geordnet. Aber auch der Umfang der Vollmacht ist meist durch das Gesetz bestimmt (vgl. zB. HGB. §§ 49, 50, 54—56, 126, 235; CPO. §§ 81, 83).

Wer sich mit einem Vertreter einläßt, tut dies auf seine Gefahr. Er muß also Vorhandensein und Rechtsgültigkeit der Vertretungsmacht prüfen.

2. Bei der unmittelbaren Stellvertretung ist zur Wirksamkeit der vom Vertreter vorgenommenen Rechtsgeschäfte für und gegen den Vertretenen außer dem Vorhandensein der Vertretungsmacht ferner erforderlich, daß der Wille des Vertreters nicht für sich, sondern an Stelle des Vertretenen zu handeln, offenbar wird. Es macht jedoch keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt, oder ob die Umstände ergeben, daß sie in dessen Namen erfolgen soll (BGB. § 164). Behauptet der auf Erfüllung eines Geschäfts Beklagte, daß er das Geschäft als Vertreter eines Anderen vorgenommen hat, so ist das ein Leugnen der Passivlegitimation; Kläger muß also beweisen, daß der Beklagte sein Vertragsgegner ist.

c. Vollmacht.

Vollmacht ist die durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht[7]). Die Bevollmächtigung erfolgt durch ein

---

[7]) Von der Vollmacht ist der Auftrag (unten § 100) zu unterscheiden. Auftrag ist die Übertragung und Übernahme einer unentgeltlichen Geschäftsbesorgung, also ein Vertrag, der sich zudem auch auf Geschäfte tatsächlicher Art beziehen kann (zB. Abholen eines Packets). Vollmacht ist die einseitige Ermächtigung zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts. Die Vollmacht erzeugt nur ein Recht, die Vertretungsmacht, während der Auftrag auch Pflichten (nämlich die Pflicht zur Ausführung des Auftrags) begründet. Die Vollmacht hat nur Bedeutung im Verhältnisse des Vollmachtgebers dritten gegenüber, mit denen der Bevollmächtigte handelt, also nach außen, der Auftrag nur im Verhältnisse des Auftraggebers zum Beauftragten nach innen. Nicht jeder Auftrag enthält eine Vollmacht (zB. der Auftrag zu einer

einseitiges, aber empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, nämlich durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder auch dem Dritten, mit dem der Bevollmächtigte namens des Vollmachtgebers verhandeln soll (BGB. § 167). Die Vollmacht kann regelmäßig (vgl. jedoch zB. GBO. §§ 29, 30, CPO. §§ 80, 88, StPO. §§ 233, 390, 418, 437, 451, 457, 478) formlos, also auch durch konkludente Handlungen erteilt werden (vgl. D. 14, 5, 8, sog. stillschweigend erteilte Vollmacht), und ihrem Umfange nach entweder nur einzelne Rechtsgeschäfte (Spezialvollmacht, mandatum ad hoc) oder die Verwaltung des ganzen Vermögens umfassen. (Generalvollmacht, administratio „cum libera", sc. potestate, wobei der Verwalter aber trotz seiner freien Stellung zu Schenkungen doch nicht ermächtigt ist, D. 39, 5, 7).

Die Vollmacht erlischt mit der Endigung des Rechtsverhältnisses (Auftrag, Dienstverhältnis, Hausabhängigkeit, Bevormundung usw.), auf welchem sie beruht[8]), und davon unabhängig durch Widerruf des Geschäftsherrn (vgl. BGB. § 168).

d. Handeln ohne Vertretungsmacht.

Handelt jemand für einen Anderen, ohne Vertretungsmacht zu besitzen (falsus procurator), so bestimmt sich

---

tatsächlichen Geschäftsbesorgung), ebensowenig beruht jede Vollmacht auf einem Auftrage (zB. die Handlungsvollmacht aus HGB. § 56).

Trotz dieser durchgehenden Verschiedenheit wurden früher Vollmacht und Auftrag, da beide in den Quellen mit dem Ausdrucke mandatum bezeichnet werden, zusammengeworfen.

[8]) Nach rR. erlosch der Auftrag wegen seiner persönlichen Natur durch den Tod des Auftraggebers (D. 17, 1, 26, pr.) sowie des Beauftragten (I. 3, 26, 10), daher auch die auf dem Auftrage beruhende Vollmacht (anders BGB. §§ 672, 674, 168: kein Erlöschen durch den Tod des Geschäftsherrn; ebenso HGB. § 52 Abs. 3 für die Prokura und CPO. § 86 für die Prozeßvollmacht).

Sowohl nach rR. als auch nach BGB. §§ 169 ff. wirkt die erloschene Vollmacht dritten gegenüber, die von dem Erlöschen keine Kenntnis haben mußten, fort; der Schuldner wird also zB. durch Zahlung an den bisherigen Bevollmächtigten befreit, wenn er das Erlöschen der Vollmacht nicht kannte (I. 3, 26, 10; D. 17, 1, 26, 1 und 46, 3, 51).

sein Verhältnis zum Vertretenen nach den Grundsätzen über die Geschäftsführung ohne Auftrag (negotiorum gestio, unten § 101). Durch die Geschäfte des unbefugten Vertreters wird der Vertretene natürlich nicht verpflichtet. Hierzu ist vielmehr erforderlich, daß der Mangel der Vertretungsmacht ergänzt wird; dies geschieht durch Genehmigung (ratihabitio, unten § 54, vgl. zB. BGB. §§ 177 ff.), welche das Geschäft von seiner Vornahme an („ex tunc") wirksam macht, natürlich vorbehaltlich der inzwischen von dritten erworbenen Rechte. Der Vertretene ist aber selbstverständlich auch befugt, dies für ihn vorgenommene Rechtsgeschäft zurückzuweisen, also seine Genehmigung zu verweigern; dann kann sich der Dritte, der sich mit dem eine Vertretungsmacht behauptenden falsus procurator eingelassen hat, wegen eines etwaigen Schadens nur an den falsus procurator halten (vgl. BGB. § 179).

Sechster Titel. Einwilligung. Genehmigung (BGB. §§ 182—185).

§ 54. Zustimmung zu fremden Rechtsgeschäften.

a. Allgemeines.

1. Die Teilnahme an einem fremden Rechtsgeschäfte kann nicht nur in einem stellvertretenden Handeln, sondern auch darin bestehen, daß jemand neben einem Anderen handeln, nämlich seiner Willenserklärung zustimmen muß, damit sie wirksam werde. Hierbei kann eine Ergänzung der beschränkten Geschäftsfähigkeit (S. 277), der mangelnden oder beschränkten Vertretungsmacht (S. 342) oder der mangelnden Verfügungsbefugnis des Handelnden (S. 275) erforderlich sein. Die Zustimmung muß bisweilen vor oder bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts erfolgen (zB. auctoritatis interpositio tutoris, S. 278), bisweilen kann sie auch nachträglich geschehen (zB. consensus curatoris, S. 279). Das BGB. nennt die vorherige Zustimmung Einwilligung, die nachträgliche Genehmigung (§§ 183, 184).

2. Die Zustimmung ist Voraussetzung der Wirksamkeit, nicht aber der Entstehung des Rechtsgeschäfts. Sie bedarf daher nicht der für das Rechtsgeschäft vorgeschriebenen Form, kann vielmehr auch durch konkludente Handlungen erfolgen; vgl. D. 46, 8 (Ratam rem haberi et de rati habitione), 5: non tantum verbis ratum haberi posse, sed etiam actu, ebenso BGB. § 182 Abs. 2. Ferner wird durch die (nachträgliche) Genehmigung das Rechtsgeschäft von vornherein gültig, freilich unbeschadet der inzwischen von dritten erworbenen Rechte (rückwirkende Kraft der Genehmigung, so für das Handeln ohne Vertretungsmacht: ratihabitio mandato comparatur, D. 46, 3, 12, 4; ebenso BGB. § 184). Endlich wird die Zulässigkeit der Genehmigung dadurch, daß vor ihrer Erteilung eine bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts beteiligt gewesene Person stirbt, in Konkurs gerät oder handlungsunfähig wird, nicht berührt (D. 46, 8, 24, 1).

b. Zustimmung zu Verfügungen Nichtberechtigter.

Verfügt ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand, so ist diese (dingliche) Verfügung nur wirksam, wenn der Berechtigte zu ihr vorher seine Einwilligung oder nachträglich seine Genehmigung erteilt (BGB. § 185). Zuweilen wird die Verfügung jedoch auch ohne dies und von selbst wirksam (sog. Konvaleszenz, S. 316), nämlich wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt (sei es durch Singular- oder durch Universalsuccession) oder wenn er von dem Berechtigten beerbt wird und dieser für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt (nicht nur als Benefizialerbe, s. u.) haftet. In diesen Fällen findet jedoch eine Rückwirkung nicht statt[1]).

---

[1]) Diese in § 185 BGB. festgestellten Grundsätze bilden den Abschluß einer jahrhundertelangen Entwickelung.

a. Nach römischem Civilrechte war die Verfügung über eine fremde Sache nichtig, konnte nach der erweiterten regula Catoniana (S. 315) also auch durch nachträglichen Erwerb des Eigentums durch den Verfügenden nicht gültig werden. Später aber führte das prätorische Recht auf einem Umwege eine mittelbare Konvaleszenz her-

bei. Der Prätor gab nämlich dem Erwerber einer fremden Sache, welcher deren Besitz erlangt hatte, falls der Veräußerer auf Grund des von ihm später erworbenen Eigentums die rei vindicatio gegen ihn anstellte, eine exceptio rei venditae et traditae (D. 21, 3), eine Sonderart der exceptio doli generalis (unten § 62 b 1). Die gleiche Einrede wurde dann auch gegen den Eigentümer gegeben, der den unberechtigten Veräußerer vorbehaltlos beerbt hatte (D. 21, 3, 1). Hatte der Erwerber den einmal erhaltenen Besitz wieder verloren, so konnte ihm der Prätor zur Wiedererlangung der Sache zwar nicht die rei vindicatio zubilligen; denn diese setzte Eigentum des Vindikanten voraus. Aber der Prätor gab dem redlichen Erwerber die actio Publiciana (unten § 131), und zwar nicht nur gegenüber einem Dritten, sondern auch gegenüber dem zum Eigentümer gewordenen Tradenten sowie gegenüber dem Eigentümer, der den Tradenten beerbt hatte. Versuchte der Eigentümer (oder sein Rechtsnachfolger) der actio Publiciana des Erwerbers oder seines Rechtsnachfolgers die exceptio dominii entgegenzusetzen, wozu er an sich befugt war — denn „dominus", d. h. civiler Eigentümer, war der Erwerber nicht —, so wurde diese mit einer replicatio rei venditae et traditae beseitigt. Das bei dem Eigentümer verbliebene formelle Recht (nudum ius) konnte also bestenfalls einem Besitzer gegenüber durchgreifen, der nicht Rechtsnachfolger des ersten Empfängers war (zB. diesem die Sache gestohlen hatte). Nur konnte der Erwerber dem Eigentümer, der sich auf diese Weise von neuem in den Besitz der Sache gesetzt hatte, diese mit der actio Publiciana wieder entziehen, sodaß im praktischen Ergebnisse der Erwerber dem Eigentümer gleichstand.

Ein ähnlicher Entwickelungsgang ist für den Fall zu verfolgen, daß jemand die Sache eines Anderen verpfändet hatte und später Eigentümer dieser Sache geworden war oder von deren Eigentümer vorbehaltlos beerbt wurde. Auch in diesem Fall entstand nach römischem Recht ipso iure kein Pfandrecht des Pfandnehmers. Diesem stand daher die actio hypothecaria directa nicht zu. Der Prätor half ihm aber gegen den Verpfänder und dessen Rechtsnachfolger mit einer exceptio doli und gewährte ihm, wenigstens sofern er bei der Verpfändung redlich war, eine actio hypothecaria utilis (D. 20, 1, 1).

b. Im BGB. ist nun, wie eingangs erwähnt, der Grundsatz der Konvaleszenz der Verfügung eines Nichtberechtigten durch Eigentumserwerb des Verfügenden oder vorbehaltlose Beerbung des letzteren durch den Berechtigten über die römischen Anwendungsfälle hinaus verallgemeinert worden, und zwar ohne daß seine Anwendung, wie im rR., guten Glauben des Rechtserwerbers voraussetzt.

Vierter Abschnitt. Fristen. Termine
(BGB. §§ 186—193).

§ 55. Bestimmung und Berechnung der Zeit.

a. Allgemeines.

Zeit ist die Vorstellungsform für das nach einander Geschehende, Raum die Vorstellungsform für das neben einander Liegende, Zeitpunkt der kleinste nicht weiter teilbare Zeitabschnitt, Zeitraum eine bestimmte durch zwei Zeitpunkte abgegrenzte Summe aneinander gereihter Abschnitte. Termin heißt ein Zeitpunkt, an welchem ein bestimmtes Ereignis eintreten, insbesondere eine Handlung vorgenommen werden muß, um rechtliche Wirkungen zu haben (zB. Übergabe der vermieteten Wohnung oder der verkauften Sache, Fälligkeitstag des Wechsels), Frist ein Zeitraum, innerhalb dessen dies geschehen muß (zB. Verjährung, Einlegung von Rechtsmitteln, Erhebung des Wechselprotestes). Kalender (von calendae) ist die an gewisse sich wiederholende Naturvorgänge (Umlauf der Erde um die Sonne, des Mondes um die Erde, der Erde um ihre Achse) sich anlehnende Einteilung der Zeit in Jahre, Monate, Wochen, Tage.

b. Kalenderzeit.

Wie erwähnt, lehnt sich die Zeiteinteilung an gewisse Naturvorgänge an. Diese bilden aber nur Anhaltspunkte für die Zeitmessung. Diese selbst beruht auf positiver Bestimmung des Rechts. Keine der bisher für das bürgerliche Leben geltend gewesenen Zeitmessungen stimmt mit den durch die Astronomie gewonnenen Ergebnissen genau überein. Eine

derartige absolute Übereinstimmung ist aber auch kein Bedürfnis für den Verkehr, zumal heute die Größe der Abweichung bekannt und daher eine Berichtigung einfach ist.

1. Jahr und Monat.

α. Den ägyptischen Priestern war bereits im 14. Jahrhundert v. Chr. bekannt, daß das Sonnenjahr, d. h. die Zeit, die die Sonne anscheinend braucht, um wieder auf einen bestimmten Punkt des Weltalls zurückzukehren, annähernd $365^1/_4$ Tage lang ist. Die griechische und römische Zeitmessung ging aber nicht von diesem Sonnenjahre, sondern vom Mondjahr aus. Solon führte 594 ein Jahr von 12 Monaten mit abwechselnd 29 und 30 Tagen ein. Um dieses „Mondjahr" von 354 Tagen mit dem Laufe der Sonne in Verbindung zu setzen, wurde alle 3 Jahre ein Monat von 30 Tagen eingeschaltet.

β. Bei den Römern wurde anfänglich das sog. Romulische Jahr, ein Mondjahr von 10 Monaten mit 304 Tagen, zu Grunde gelegt. Numa soll dafür ein Mondjahr von 12 Monaten mit 355 Tagen (sog. Numaisches Jahr) eingeführt haben. Um es in Übereinstimmung mit dem Sonnenjahre zu bringen, sollten alle 2 Jahre hinter dem 23. Februar (nach Mommsen abwechselnd hinter dem 23. — terminalia — und dem 24. — regifugium) abwechselnd 22 und 23 Tage eingeschoben und mit den noch übrigen 5 Tagen des Februar zu einem Schaltmonat (mensis intercalaris, Mercedonius) verbunden werden (vgl. D. 50, 16, 98, 2, wo Celsus den Schaltmonat zu 28 Tagen annimmt).

γ. Das Numaische Mondjahr hatte hiernach eine durchschnittliche Länge von $366^1/_4$ Tagen. Da das Sonnenjahr aber nun nicht einmal ganz $365^1/_4$ Tage (S. 350[1]) hat, so stimmte der Kalender, dessen Berechnung, insbesondere zwecks Bestimmung der dies fasti, den Pontifizes oblag (S. 66), mit dem Laufe der Sonne nicht überein und zeigte im Jahre 47 v. Chr. eine Abweichung von 67 Tagen. Cäsar führte deshalb in seiner Eigenschaft als pontifex maximus unter Zuziehung des alexandrinischen Astronomen Sosigenes

eine Kalenderreform herbei (Julianischer Kalender). Zunächst wurden dem Jahre 46 v. Chr. 67 Tage in zwei Monaten zugesetzt. Dadurch wurde der Kalender mit dem Laufe der Sonne in Übereinstimmung gebracht. Der Jahresbeginn (1. Januar) wurde auf den ersten Neumond nach der Wintersonnenwende, die Frühlings-Tag- und Nachtgleiche (Frühlingspunkt, Frühlingsäquinoktium) auf den 24. März festgesetzt.

Als mittleres Jahr wurde das Sonnenjahr zu $365^1/_4$ Tagen angenommen; es sollte deshalb auf 3 Gemeinjahre zu 365 Tagen ein Schaltjahr von 366 Tagen folgen[1]). Der Schalttag wurde mit dem 24. Februar (dies sextus ante Calendas Martias) verbunden, und zwar nach Mommsen ihm angehängt, nach Arndts ihm vorgeschoben. Übrigens

---

[1]) Auch das Julianische Jahr von durchschnittlich $365^1/_4$ Tagen zeigt eine erhebliche Abweichung von dem wahren Sonnenjahre, das etwa nur 365 Tage, 5 Stunden, 48 Minuten, 46 Sekunden lang ist. Diese Differenz beträgt alle 129 Jahre einen vollen Tag; daher war schon zur Zeit des Konzils von Nicäa (325 n. Chr.) das Frühlingsäquinoktium um 3 Tage, auf den 21. März und im Jahre 1582 um 10 weitere Tage, auf den 11. März zurückgegangen. Der damalige Papst Gregor XIII. ordnete deshalb den Kalender von neuem (Gregorianischer Kalender). Das Frühlingsäquinoktium wurde den Bestimmungen des Konzils von Nicäa gemäß auf den 21. März festgesetzt. Es mußten daher 10 Tage ausgelassen werden; auf den 4. Oktober 1582 folgte deshalb sogleich der 15. Zur Vermeidung einer Erneuerung des hierdurch beseitigten Fehlers wurde bestimmt, daß in je 400 Jahren 3 Schalttage ausfallen sollten und zwar in den mit 4 nicht teilbaren sog. Säkularjahren, d. h. den Schlußjahren der Jahrhunderte. Hiernach sind die Jahre 1600, 2000, 2400 usw., nicht aber die dazwischen liegenden Säkularjahre Schaltjahre. Das Jahr 1900 war also kein Schaltjahr. Hierdurch wird der Unterschied zwischen dem Kalenderjahr und dem Sonnenjahr so vermindert, daß er erst in etwa 3500 Jahren einen Tag beträgt.

Der Gregorianische Kalender („Kalender neuen Stils") wurde im katholischen Deutschland 1583, im evangelischen („verbesserter Kalender") mit dem Jahre 1700 eingeführt. Bei dem Julianischen Kalender („Kalender alten Stils") beharren nur noch die griechisch-katholischen Völker (vor allem Rußland und Griechenland). Da die Säkularjahre 1700, 1800 und 1900 in diesem, nicht aber im neuen Kalender Schaltjahre waren, so beträgt die Differenz gegenwärtig 13 Tage (vgl. WO. Art. 34).

wurden beide Tage (bissextum, dies sextus prior et posterior) juristisch regelmäßig als ein Tag behandelt (id biduum pro uno die habetur, D. 50, 16, 98).[2] [2a])

2. Die Woche.

Die römische Woche hatte bis gegen Ende der Republik 8 Tage. In jeder Woche fand ein Markt statt (also immer am neunten Tage vom letzten Markttag an gerechnet, nono die, daher nundinae = Markttag), an welchem die schwere Arbeit ruhte. Ursprünglich war an den nundinae auch das lege agere unzulässig. Durch die lex Hortensia (287) wurde dies jedoch gestattet. Durch die Juden wurde gegen Ende der Republik die siebentägige Woche (septimagna, settimana, semaine) mit der Sabbathfeier bekannt; von den christlichen Kaisern wurde dies unter Verlegung des Feiertags auf den Sonntag (Auferstehungstag) aufgenommen. Schon Konstantin hat eine „Sonntagsruhe" angeordnet.

---

[2]) Gesetzliche Fristen, in die ein Schalttag fiel, verlängerten sich also tatsächlich um einen Tag; anders rechtsgeschäftlich bestimmte Fristen (D. 44, 3, 2).

Heute wird der Schalttag stets als selbständiger Tag gerechnet.

[2a]) Die Römer bezeichneten die Monatstage nicht wie wir, vom ersten weiterzählend, sondern sie zählten vom 1. (Calendae), 5. (Nonae), 13. (Idus) rückwärts. In den Monaten März, Mai, Quintilis (später nach Julius Cäsar Juli genannt) und Oktober („Milmo", S. 70[2]) fielen die Nonen auf den 7., die Iden auf 15. Bei der Rückwärtsrechnung wurde sowohl der Tag, von dem zurück, als der, bis zu dem gezählt wurde, mitgerechnet; a. d. VI. Cal. Martias war daher der 24. Februar. Arndts schloß nun aus der Bemerkung des Celsus in D. 50, 16, 98, pr.; „sed posterior dies intercalatur, non prior", daß Celsus als einzuschiebenden Tag den weiter zurückliegenden vom 1. März rückwärts gerechnet, also den früheren nach unserer Anschauung gemeint habe. Diese Behandlung entspricht allerdings auch dem Kirchenkalender; denn der Matthiastag rückt im Schaltjahre vom 24. auf den 25. Februar. Heute wird allgemein der 29. Februar als Schalttag angesehen. Wenn jemand am 25. Februar eines Schaltjahrs geboren ist, dann feiert er auch in den Gemeinjahren seinen Geburtstag am 25. und nicht am 24. Februar; ist er am 29. Februar geboren, so fällt sein Geburtstag in den Gemeinjahren auf den 28. Februar.

3. Der Tag.

Der Tag wird heute in 24 gleich lange Teile, Stunden, geteilt, die von Mitternacht und Mittag an gezählt werden. Die Römer (ebenso wie die Orientalen und Griechen) teilten dagegen den natürlichen Tag (von Sonnenaufgang bis Sonnenuntergang) und die natürliche Nacht (umgekehrt) in je 12 gleiche Teile, horae temporales, deren Länge nach der Jahreszeit wechselte und die nur an den beiden Tag- und Nachtgleichen durch die ganzen 24 Stunden hindurch gleich lang waren (horae aequinoctiales). Das Ende der hora sexta noctis war Mitternacht, das der hora sexta diei Mittag[3]). Der Kalendertag dauerte auch bei den Römern von einer Mitternacht zur anderen (D. 2, 12, 8).

c. Bewegliche Zeit.

Die kalendermäßige Einteilung der Zeit hat eine doppelte Bedeutung. Einmal kann damit jeder gewünschte Zeitpunkt und Zeitraum genau bezeichnet werden (ein Wechsel ist zahlbar am 8. Februar 1905, eine Wohnung wird gemietet für die Kalenderjahre 1902—1905). Andererseits werden die kalendermäßigen Zeiteinheiten (Jahre, Monate, Wochen, Tage) als abstrakte Zeitmaße verwendet (ein Wechsel ist zahlbar drei Monate nach dato, ein Zimmer wird am 30. Juli auf 4 Wochen gemietet). Die Kalenderzeit ist feststehend, die Zeitmaße bei ihrer abstrakten Verwendung willkürlich verschiebbar; bei der Bezeichnung nach dem Kalender spricht man daher

---

[3]) Die Mittagszeit, d. h. der Zeitpunkt, mit dem der Mittelpunkt der Sonne in den Meridian eines Orts eintritt (sog. Kulmination), ist nur für die unter dem gleichen Meridian liegenden Orte die gleiche, verschiebt sich aber mit jedem Längengrade um 4 Minuten. Um die aus der Verschiedenheit der Ortszeiten sich für den Verkehr (insbesondere auf der Eisenbahn) ergebenden Unzuträglichkeiten zu beseitigen, ist durch RG. vom 12. März 1893 für ganz Deutschland als gesetzliche Zeit die mittlere Zeit des 15. Längegrades östlich von Greenwich eingeführt (M. E. Z. = mitteleuropäische Zeit, welche für ganz Mitteleuropa gilt).

Über die Berechnung der Nachtzeit im Prozeß (vom 1. April bis 30. September: 9 Uhr abends bis 4 Uhr morgens, vom 1. Oktober bis 31. März: 9 Uhr abends bis 6 Uhr morgens), vgl. CPO. §§ 188, 761, StPO. § 104.

(Savigny) von unbeweglicher, bei der Bezeichnung nach Jahren, Monaten, Wochen, Tagen von beweglicher Zeit.

Die bewegliche Zeit steht heute in viel innigerer Verbindung mit dem Kalender als im rR. Hier wurde das bewegliche (also von einem beliebigen Kalendertage, nicht dem 1. Januar beginnende) Jahr durchgängig zu 365, der bewegliche Monat zu 30 Tagen gerechnet (vgl. D. 48, 5, 12, 6 und 30, 5, wo 60 Tage zwei Monaten gleichgestellt sind; anders freilich D. 50, 17, 101). Dagegen rechnet das Reichsrecht nach wiederkehrenden Kalendertagen (BGB. § 188, CPO. § 222, StGB. § 19, StPO. § 43); eine Monatsfrist endet also nach BGB. nach 28 Tagen, wenn sie (in einem Gemeinjahr) am 8. Februar, nach 31 Tagen, wenn sie am 30. Juli beginnt.

d. Natural- und Civilkomputation.

Der Tag kommt im Rechtsverkehr teils als kleinste, kalendermäßige Einheit, also als Zeitpunkt in Betracht (Kündigung eines Mietsvertrags am Quartalsersten zum Quartalsschluß), teils als ein — in Stunden, Minuten, Sekunden zerlegbarer — Zeitraum (ein Verhandlungstermin wird bestimmt auf den 1. April $9^1/_4$ Uhr Vorm.). Handelt es sich um das zeitliche Verhältnis mehrerer an dem gleichen Tage eintretender Ereignisse, so ist der Tag naturgemäß stets als Zeitraum zu behandeln, innerhalb dessen der maßgebende Zeitpunkt auf die Stunde, Minute, Sekunde festzustellen ist (zB. Feststellung der Erstgeburt bei Zwillingsgeburten, des Siegers bei Wettrennen, des früheren Eingangs bei den das gleiche Grundstück betreffenden Eintragungsanträgen desselben Tages). Auch wenn es sich um ein Ereignis handelt, dessen Eintritt an einem gewissen Tage von einer an einem anderen Tage eingetretenen Tatsache abhängt (zB. Ende der Berufungsfrist, Ablauf der Ersitzungszeit, Erreichung eines gewissen Lebensalters), erscheint es als das natürlichste, den Augenblick ins Auge zu fassen, in welchen das frühere Ereignis (Verkündung des Urteils in Strafsachen, Zustellung desselben in Civilsachen, Beginn des Besitzes, Geburt) fällt. Diese Berechnungsweise heißt in den römischen Quellen „a mo-

mento ad momentum computare“ (D. 41, 3, 6), „ad momenta temporum numerare“ (D. 50, 16, 134), bei den Neueren computatio naturalis, natürliche Berechnung. Dem gegenüber heißt die den Tag nur als Einheit in Betracht ziehende Berechnungsweise in den Quellen „ad dies numerare“ (D. 50, 16, 134), bei den Neueren computatio civilis, bürgerliche Berechnung. Die natürliche Berechnung ist genauer, aber auch umständlicher als die civile und wird daher vom Recht nur ausnahmsweise[4]) berücksichtigt, vielmehr kommt es grundsätzlich nur darauf an, an welchem Tage, nicht auch zu welcher Stunde dieses Tages das Anfangsereignis eingetreten ist.

Beginnt eine naturaliter zu berechnende fünftägige Frist am 2. April früh 7^{30}, so endet sie zweifellos am 7. April früh 7^{30}. Bei der Civilkomputation erhebt sich dagegen die Frage, ob der Anfangstag in die Frist einzurechnen ist oder nicht? Das rR. zählte den Anfangstag mit (sog. römische Berechnung, dies exiens pro toto habetur, vgl. zB. D. 41, 3, 7), das moderne Recht dagegen nicht (sog. deutsche Berechnung); nach rR. würde also die am 2. April begonnene fünftägige Frist am 6., nach Reichsrecht am 7. April enden (BGB. § 187). Für die nach Wochen, Monaten und Jahren bestimmten Fristen ergibt sich das gleiche aus der heute hierfür gebotenen Berechnung nach dem Kalender.

Hierdurch ist jedoch nur entschieden, welcher Tag als erster eines Zeitraums anzusehen ist, und danach bestimmt sich, an welchem Tage der Zeitraum endet. Nunmehr erhebt

---

[4]) Das rR. hat die Naturalkomputation nur in einem berühmten Fall anerkannt. Nach D. 4, 4, 3, 3 soll die in integrum restitutio gegen ein von einem Minderjährigen abgeschlossenes Geschäft (S. 279) selbst dann gewährt werden, wenn der Minderjährige dies Geschäft an seinem 25. Geburtstag, aber „ante horam qua natus est“, vorgenommen hatte, „ut a momento in momentum tempus spectetur“. Gemeinrechtlich wurde das decendium appellationis auf Grund von Nov. 23 c. 1, im heutigen Prozeß werden die nach Stunden bestimmten Fristen (CPO. §§ 216, 217, 262, 498, 544, 604) a momento ad momentum berechnet, ebenso die zu vollstreckende Freiheitsstrafe.

sich aber die weitere Frage, ob zur Erfüllung des Zeitraums der Eintritt des Beginns des letzten Tages genügt oder ob dieser ganz abgelaufen sein muß.

In den römischen Quellen finden sich Fälle, wo dies coeptus pro completo habetur (vgl. zB. D. 28, 1, 5: Beginn der Testierfähigkeit, D. 40, 1, 1: Beginn der Manumissionsfähigkeit, D. 44, 3, 15, pr.: Ersitzung, D. 50, 16, 134: als anniculus — oben S. 217[10] — gilt man mit Beginn des 365. Tages nach der Geburt); andererseits aber auch Fälle, in denen der Ablauf des letzten Tages für erforderlich erachtet wird (zB. D. 44, 7, 6 für die Verjährung: In omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem).[5])

e. Tempus continuum und utile.

Muß die Vornahme einer Handlung, um rechtswirksam zu sein, innerhalb einer gewissen Frist erfolgen (Annahme einer Offerte, Strafantrag), so ist es nach dem Beginne des Fristlaufs regelmäßig unerheblich, daß die Handlung nicht an allen Tagen der Frist vorgenommen werden kann (tempus continuum); zuweilen werden jedoch nur die hierzu tauglichen Tage (an denen experiundi potestas besteht, D. 44, 3, 1, also zB. für Gerichtsakte nicht die dies nefasti und die feriae) gerechnet (tempus utile). So wurde im rR. utiliter berechnet: die hunderttägige Frist für den Erwerb der bonorum possessio (D. 38, 15, 2, pr., s. u.), der annus utilis bei der actio quanti minoris D. 21, 1, 19,

---

[5]) Im Gem. R. wurde hieraus die Regel abgeleitet, daß für einen Rechtserwerb der Anbruch des letzten Tages genügt, ein Rechtsverlust dagegen erst mit Ablauf des letzten Tages eintritt.

Nach §§ 187, 188 BGB. ist der Ablauf des letzten Tages maßgebend; nur wenn für den Anfang einer Frist der Beginn eines Tages maßgebend ist (zB. in den Fällen des § 201, in denen eine Verjährung mit dem 1. Januar zu laufen beginnt), ist der Beginn des durch seine Bezeichnung dem Anfangstag entsprechenden Tages oder, was dasselbe ist, der Ablauf des vorhergehenden Tages, maßgebend (die am 1. Januar 1904 begonnene zweijährige Verjährung ist also am 31. Dezember 1905 nachts 12 Uhr vollendet). Ebenso gilt ein Lebensalter (zB. die Volljährigkeit) mit dem Beginn des Geburtstages als erreicht.

6 (unten § 89 b) und bei der in integrum restitutio (letzteres von Justinian durch ein quadriennium continuum ersetzt), die sex menses utiles bei der actio redhibitoria (D. 21, 1, 19, 6, unten § 89 b), das biduum utile bei der Appellation (von Justinian durch ein decendium utile ersetzt).[6])

---

[6]) In das Gem. R. ist — abgesehen von der Hemmung der Verjährung (unten § 57 b 2) — nur die „utile" Berechnung der Fristen für die ädilizischen Klagen (actio redhibitoria und quanti minoris) übergegangen (unten § 89 b). Aus dem Reichsrecht gehört nur die Bestimmung hierher, daß sich gewisse kurze Fristen um einen Tag verlängern, wenn der letzte Tag ein Sonn- oder Feiertag ist (WO. Art. 41, 92, BGB. § 193, CPO. § 222, StPO. § 43). Ferner ruhen im Civilprozesse nach CPO. § 223 Fristen, mit Ausnahme der Notfristen und der Fristen in Feriensachen während der Gerichtsferien (vom 15. Juli bis 15. September, GVG. § 201).

Von tempus utile ratione initii, continuum ratione cursus spricht man, wenn der Beginn der Frist durch gewisse Hinderungsgründe hinausgeschoben wird, die begonnene Frist aber ununterbrochen weiterläuft, z.B. in den Fällen, in denen eine Frist erst von der Kenntnis einer bestimmten Person von einem gewissen Umstande an berechnet wird (vgl. z.B. D. 49, 4, 1, 15 und BGB. §§ 124, 852, 1944, StGB. § 61).

Fünfter Abschnitt. Verjährung
(BGB. §§ 194—225).

§ 56. Begriff und Arten der Verjährung.

a. Begriff und Zweck der Verjährung.

1. Verjährung im weiteren Sinne[1]) ist die Veränderung eines subjektiven Rechts infolge fortgesetzter Ausübung oder Nichtausübung. Sie unterscheidet sich:

α. vom Gewohnheitsrecht und der Observanz, zu deren Begriffsmerkmalen ebenfalls eine fortgesetzte Übung gehört (S. 17), dadurch, daß diese Rechtsinstitute die Umbildung des objektiven Rechts, also der Rechtssätze betreffen, während die Verjährung die Umbildung subjektiver Rechte, also der Rechtsverhältnisse, bewirkt;

β. von der auflösenden Befristung (S. 334, Ausschluß- oder Präklusivfrist) dadurch, daß das auflösend-befristete Recht von vornherein nur auf eine gewisse Zeit gegeben ist, mit deren Ablauf es ohne weiteres endet, während das verjährbare Recht an sich für immer gegeben ist und nur infolge der Untätigkeit des Berechtigten während einer gewissen Zeit zu Grunde geht. Nur bei der Verjährung, nicht bei der Befristung, können daher Behinderungen des Berechtigten als Hemmungsgründe (S. 365) in Betracht

[1]) Im engeren Sinne (so auch das BGB. §§ 194 ff.) versteht man unter Verjährung nur die Anspruchsverjährung (S. 360), d. h. nach der Begriffsbestimmung des § 194 BGB. die Verjährung des „Rechts, von einem Anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen".

kommen. Ferner wird im Prozesse die Verjährung nicht von Amts wegen berücksichtigt, sondern muß vom Beklagten eingewendet werden (S. 368), während bei dem an eine Ausschlußfrist gebundenen Recht (wenn zB. in einem Versicherungsvertrage bestimmt ist, daß der Versicherungsanspruch binnen Monatsfrist seit dem Schadensfall angemeldet sein muß) die Behauptung der rechtzeitigen Geltendmachung zum Klagegrunde gehört, bei deren Fehlen die Klage also von Amts wegen abzuweisen ist.

2. Der Grund der Verjährung ist das unangefochtene Bestehen eines gewissen Zustands während einer längeren Zeit, ihr Zweck, dem tatsächlich lange Zeit hindurch bestehenden Zustand im Interesse der Verkehrssicherheit rechtlichen Bestand zu verleihen (Cicero pro Caecina c. 26: usucapio . . . est finis sollicitudinis ac periculi litium, vgl. D. 41, 3, 1, pr.). Durch den drohenden Verlust seines Anspruchs soll der Gläubiger ferner zu einer alsbaldigen Geltendmachung veranlaßt und dadurch eine Klärung des Rechtsverhältnisses herbeigeführt werden. Von diesem Gesichtspunkte aus erscheint die Verjährung als Strafe des nachlässigen Gläubigers.

b. Arten der Verjährung.

1. Das rR. kannte — von der unter 2 zu besprechenden unvordenklichen Verjährung abgesehen — vier Anwendungsfälle der Verjährung, deren jeder besonderen Regeln unterstand[2]):

---

[2]) Das rR. hatte also kein einheitliches Verjährungsinstitut, ja nicht einmal einen unserem Ausdrucke „Verjährung" entsprechenden allgemeinen Begriff. Der später von den Glossatoren angewendete Ausdruck praescriptio bedeutete an sich nur „Einrede" und erhielt erst durch Zufügungen wie „longi temporis", „triginta annorum" usw. den Sinn einer „Einrede der Verjährung". Dagegen hatte das deutsche Recht ein einheitlich geordnetes Verjährungsinstitut, die „Verschweigung" (D. § 66[5]).

Vermutlich in Anlehnung an das deutsche Recht behandelten die Glossatoren und die Kanonisten die aus dem rR. aufgenommene Verjährung als einheitliches Rechtsinstitut mit zwei Unterarten: der erwerbenden Verjährung (Ersitzung, praescriptio acquisitiva) und der

α. den Erwerb von Eigentum durch Besitz in gutem Glauben (die civilrechtliche usucapio und die prätorische longi temporis praescriptio);

β. den Erwerb von Servituten durch fehlerlosen Besitz (longa possessio);

γ. den Verlust von Ansprüchen infolge von Nichterhebung (temporis praescriptio);

δ. den Untergang von Servituten durch Nichtgebrauch (non usus).

Die unter α, β und δ angeführten Fälle gehören ausschließlich dem Sachenrecht an und sind später zu erörtern (unten §§ 124, 137c, 138e). Hier ist daher nur die — allgemeine Bedeutung besitzende — Anspruchsverjährung zu besprechen.

2. Keine eigentliche Verjährung ist die sog. unvordenkliche Verjährung (praescriptio immemorialis oder indefinita), d. h. die Berufung auf einen seit Menschengedenken bestehenden Zustand. Hierdurch wird ein bestehender Rechtszustand nur als vorhanden bezeugt, während durch die Verjährung ein Recht erworben oder verloren, ein neuer Rechtszustand also erzeugt wird.

Das rR. ließ die Berufung auf Unvordenklichkeit (vetustas, quae semper pro lege habetur, minuendarum scilicet litium causa, D. 39, 3, 2) in drei Fällen zu:

α. Viae vicinales, quae ex agris privatorum collatis factae sunt, quarum memoria non exstat, publicarum viarum numero sunt (D. 43, 7, 3, pr.);

β. Anstalten zum Schutze der Grundstücke gegen die aqua pluvia werden geschützt, wenn sie seit unvordenklicher Zeit bestehen (D. 39, 3, 1, 23);

γ. Ductus aquae, cuius origo memoriam excessit, iure constituti loco habetur (D. 43, 20, 3, 4).[3])

---

erlöschenden Verjährung (Anspruchsverjährung, praescriptio extinctiva). Dagegen behandelt das BGB. die (Anspruchs-) Verjährung und die Ersitzung als völlig gesonderte Rechtsinstitute. Der non usus ist dem BGB. überhaupt unbekannt.

[3]) Das Gem. R. ließ die Berufung auf Unvordenklichkeit bei allen dauernden Zuständen zu. Das BGB. kennt die unvordenkliche Ver-

Der Beweis der unvordenklichen Verjährung wird geführt, indem man zeigt, daß der jetzige Zustand seit mindestens 40 Jahren besteht (C. 11, 62, 14) und daß man von einem anderen Zustand weder etwas weiß, noch etwas derartiges von Vorfahren gehört hat (D. 39, 3, 2, 8).

§ 57. Die Anspruchsverjährung.

Voraussetzungen des Beginns der Anspruchsverjährung (unten a) sind: Verjährbarkeit und Entstandensein des Anspruchs, Voraussetzungen ihrer Vollendung (unten b): Ablauf der Verjährungsfrist und Nichtbetätigung des Anspruchs durch den Berechtigten.

a. Beginn der Anspruchsverjährung.

1. Verjährbare Ansprüche.

Die Verjährbarkeit ist kein aus dem Begriffe des Anspruchs sich von selbst ergebender Umstand; vielmehr ist die Verjährung eine Schöpfung des positiven Rechts, das auf den verschiedenen Stufen seiner Entwickelung die Verjährbarkeit der Ansprüche in verschiedenem Umfange zugelassen hat. Hierbei hat ein Fortschreiten von der grundsätzlichen Unverjährbarkeit zur grundsätzlichen Verjährbarkeit stattgefunden.

Nach römischem Civilrechte waren die actiones unverjährbar, perpetuae. Nur der Anspruch gegen den Bürgen (sponsor und fidepromissor) verjährte nach der lex Furia (unten § 107[4]) in zwei Jahren (G. 3, 121). Erst durch die Prätoren und Ädilen wurde für manche der von ihnen geschaffenen Klagen eine Fristgrenze eingeführt (actiones temporales). Meist waren sie auf ein Jahr (annus utilis) beschränkt (actiones annales), so die Popular- und die Strafklagen (mit Ausnahme der actio furti manifesti, § 114 b 1 β), die actio quanti minoris (§ 89 b), die actio de peculio (S. 339[4]), die actio doli (bis auf

jährung nicht; gemäß EGBGB. Art. 65, 113 bleibt aber für ihr wichtigstes Anwendungsgebiet, das Wasser- und Wegerecht, das bisherige Landesrecht in Kraft.

Konſtantin, S. 299). Die actio redhibitoria war auf sex menses utiles, die actio de ornamentis restituendis auf Nachlieferung mitverkauften Geſchirrs (ornamenta) bei Viehkäufen auf 60 Tage beſchränkt (unten § 89 b). Vermutlich hatte die Zufügung dieſer Zeitbeſtimmungen anfänglich die Bedeutung einer Befriſtung („in anno iudicium dabo"); vgl. I. 4, 12, pr.: plerumque intra annum vivere (nam et ipsius praetoris intra annum erat imperium). In klaſſiſcher Zeit wurden ſie jedoch wie wahre Verjährungszeiten behandelt. Einige weitere Anſprüche wurden in der Kaiſerzeit für verjährbar erklärt[1]). Immerhin bildete die Verjährbarkeit der Klagen eine Ausnahme.

Erſt im Jahre 424 führten die Kaiſer Honorius und Theodoſius II durch eine Konſtitution (C. 7, 39, 3) die Klagenverjährung grundſätzlich durch. Die bisherigen actiones perpetuae ſollten in 30 Jahren verjähren, die bisherigen kürzeren Verjährungen wurden erhalten. Dies hat das juſtinianiſche Recht aufgenommen. Nach dieſem ſind faſt alle Klagen verjährbar. Unverjährbar ſind nur die Klage des Fiskus auf rückſtändige Steuern (C. 7, 39, 6), die vindicatio in libertatem (C. 7, 22, 3), die Vindikation eines Kolonen durch den Gutsherrn (C. 11, 48, 23, pr.) und eines Dekurionen durch eine Provinzialſtadt (C. 7, 39, 5). Erſt in 40 Jahren verjähren die Klagen der Kirchen und milden Stiftungen, ſowie erhobene aber liegen gebliebene Klagen (ſog. Verjährung der Litispendenz). Die der praescriptio triginta vel quadraginta annorum unterworfenen Klagen heißen nunmehr actiones perpetuae,

[1]) Kein Erfordernis der Anſpruchsverjährung (wohl aber der Erſitzung, unten § 124 c 3) iſt nach rR. (und ebenſo nach BGB.) „guter Glaube des Präſkribenten", d. h. Unkenntnis des Anſpruchsgegners, daß der Anſpruch gegen ihn begründet iſt. Auch gegen den Dieb verjährt die rei vindicatio in 30 Jahren. Dagegen war guter Glaube Vorausſetzung der Anſpruchsverjährung nach Gem. R., da für dieſes der auf dem 4. Laterankonzile (1216) angenommene, ſeiner Bedeutung nach freilich ſehr beſtrittene Grundſatz galt (X. 2, 26, 20): „Quoniam omne quod non est ex fide, peccatum est, synodalo iudicio diffinimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio".

die in kürzerer Zeit verjährenden Klagen actiones temporales[2]).

2. Entstandensein des Anspruchs (actio nata).

Die Anspruchsverjährung beginnt mit dem Augenblicke zu laufen, in welchem der Anspruch entstanden ist (ex quo [actio] competit et semel nata est, C. 7, 40, 1, 1; „actioni nondum natae non praescribitur"). Voraussetzung des Verjährungsbeginns ist also jedenfalls, daß ein Anspruch (S. 2), d. h. ein gegen einen bestimmten Gegner sich betätigendes Recht, vorhanden ist. Daraus ergibt sich, daß bei den absoluten, insbesondere den dinglichen Rechten die Verjährung erst beginnen kann, wenn sie durch

---

[2]) Die Ansprüche des Fiskus auf bona vacantia (erbloses Gut) sollten in 4, auf commissa (wegen Zollbefraudation konfiszierte Sachen) in 5, in sonstigen Fällen (D. 44, 3, 13, pr.), besonders auf das Vermögen flüchtiger Verbrecher (bona requirendorum adnotatorum, D. 49, 14, 1, 3), in 20 Jahren verjähren. Ein Edikt Nervas verbot „post quinquennium mortis cuiusque de statu quaeri" (D. 40, 15, 4). Gleich den Statusklagen wurde auch die querela inofficiosi testamenti auf 5 Jahre beschränkt (D. 5, 2, 8, 17). Endlich wurde auch die rei vindicatio für verjährbar erklärt und zwar gegenüber einem redlichen, titulierten Erwerber in 10 Jahren (inter praesentes) oder in 20 Jahren (inter absentes), je nachdem beide Beteiligten in derselben Provinz ihren Wohnsitz hatten oder nicht. Der Erwerber konnte sich nach Ablauf dieser Zeit gegen die rei vindicatio des Eigentümers mit einer longi temporis praescriptio schützen. Hieraus ist später eine Ersitzungsart geworden (unten § 124 b).

Nach Gem. R. waren alle Ansprüche verjährbar. Bei der anscheinenden Unverjährbarkeit der Statusklagen und des Teilungsanspruchs der Miteigentümer und Miterben (actio communi dividundo und familiae erciscundae, C. 3, 37, 5), handelt es sich um dauernde Verhältnisse, aus denen, so lange sie bestehen, fortwährend neue Ansprüche entstehen.

Auch nach BGB. sind alle Ansprüche verjährbar, mit Ausnahme der aus einem familienrechtlichen Verhältnisse entspringenden, soweit sie auf die Herstellung des dem Verhältnis entsprechenden Zustandes für die Zukunft gerichtet sind (§ 194) und — wegen des das BGB. beherrschenden Grundbuchsystems (unten § 120[1]) — der Ansprüche bezüglich unbeweglicher Sachen (vgl. §§ 898, 902, 924), außer den Grunddienstbarkeiten (§ 1028). Die Ansprüche auf Aufhebung einer Gemeinschaft und auf Auseinandersetzung der Miterben sind auch nach BGB. unverjährbar (§§ 758, 2042).

jemanden verletzt ſind. Es verjährt zB. nicht das Eigentumsrecht als ſolches, ſondern nur die rei vindicatio gegen denjenigen, der dem Eigentümer die Sache vorenthält, oder die actio negatoria gegen denjenigen, der in anderer Weiſe das Eigentum geſtört hat[3]). Bei den relativen, beſonders den obligatoriſchen Rechten, iſt von vornherein ein beſtimmter Gegner vorhanden. Es fragt ſich hierbei jedoch (was für das Gem. R. mangels einer ausdrücklichen Quellenentſcheidung ſtreitig iſt), ob „actio nata“ ſchon vorliegt, wenn der Anſpruch begründet und fällig (unbedingt, unbefriſtet) iſt, oder erſt dann, wenn der Anſpruchsgegner ſeinen Willen, den Anſpruch nicht zu befriedigen, betätigt hat (ſog. Verletzungstheorie). Die herrſchende Meinung des Gem. R. (und ebenſo BGB. § 198) folgt der erſteren Anſchauung. Daher beginnt zB. die Verjährung des Darlehns-, Verwahrungs-, Leiheanſpruchs (condictio mutui, actio depositi und commodati directa) nicht erſt mit der den Schuldner in Verzug ſetzenden Mahnung, ſondern ſchon mit der Hingabe[4]), es ſei denn, daß der Empfänger vertrags-

---

[3]) Es iſt deshalb möglich, daß der Eigentümer wegen Verjährung der rei vindicatio gegen einen beſtimmten Beſitzer ſein Eigentum nicht geltend machen kann, daß er aber einem Dritten gegenüber hierzu befugt iſt. Freilich wird er in den meiſten Fällen, ſofern die Eigentumsklage verjährt iſt, auch ſein Eigentum durch Erſitzung des Beſitzes verloren haben. Hat aber zB. A dem B eine Uhr geſtohlen und erfährt B dies erſt nach 30 Jahren, ſo kann er — wenigſtens nach BGB., das die bona fides nicht als Vorausſetzung der Anſpruchsverjährung erfordert, S. 361[1] — gegen A nicht mehr klagen, ebenſowenig gegen A's Rechtsnachfolger (S. 368). A iſt aber, da zur Erſitzung bona fides des Erſitzenden gehört, nicht Eigentümer der Uhr geworden. Wird ihm die Uhr alſo nach 40 Jahren von C geſtohlen, dann kann ſie A auf Grund ſeines fortbeſtehenden Eigentums von C herausverlangen.

[4]) Beim verzinslichen Darlehen beginnt alſo die Verjährung des Darlehnsanſpruchs mit der Hingabe des Darlehns (freilich durch jede Zinszahlung als Anerkennungshandlung unterbrochen, S. 367), während die einzelnen Zinsraten als bis zum Eintritte des Fälligkeitstermins betagt gelten (C. 7, 39, 7, 6) und erſt von dieſem an zu verjähren beginnen. Es könnte alſo vorkommen, daß der Darlehnsanſpruch verjährt iſt, eine Zinsrate nicht. Da dies der Natur des Zinsanſpruchs

mäßig zum Behalten des Empfangenen für eine bestimmte Zeit berechtigt ist; im letzteren Falle ist die Verjährung bis zu diesem Zeitpunkte gehemmt (unten S. 365), da erst dann der Rückforderungsanspruch fällig ist. Kann ferner eine Leistung, zB. die Rückzahlung eines Darlehns, erst „nach Kündigung" verlangt werden, so verjährt der Anspruch nicht erst von der Kündigung an, sondern schon von dem Zeitpunkt an, zu welchem die Rückforderung zulässig ist (also wenn zB. A dem B am 1. April 1905 ein mit sechsmonatiger Kündigung rückzahlbares Darlehen gibt, vom 1. Oktober 1905, als dem erstmöglichen Rückforderungstermin an; BGB. § 199).[5])

b. Vollendung der Verjährung.

1. Ablauf der Verjährungsfrist.

Nach rR. beträgt die regelmäßige Verjährungsfrist 30 Jahre (S. 361). Für einzelne Ansprüche ist eine längere Verjährungszeit bestimmt: 100 Jahre bei Ansprüchen der ecclesia Romana (Auth. Quas actiones aus Nov. 131, 6 zu C. 1, 2, 23), 50 Jahre bei Ansprüchen auf Rückforderung des auf Spielschulden Gezahlten (C. 3, 43, 1, 2), 40 Jahre bei Ansprüchen der sonstigen Kirchen, der piae causae, des Fiskus, des Landesherrn und seiner Gemahlin (D. 49, 14, 6, 1, C. 11, 62, 14), für die actio hypothecaria in gewissen Fällen (C. 7, 39, 7, 1). Für gewisse Ansprüche gilt andererseits eine kürzere Verjährungs-

---

als eines Accessorium des Darlehnsanspruchs widersprechen würde, ist in C. 4, 32, 26, pr. (principali enim actione non subsistente satis supervacuum est super usuris vel fructibus adhuc iudicem cognoscere) und in BGB. § 224 ausdrücklich bestimmt, daß mit dem Hauptanspruch auch der Anspruch auf die von ihm abhängigen Nebenleistungen verjährt. Über den Einfluß der Verjährung des Anspruchs auf seine sonstigen Accessorien (Pfänder, Bürgschaft) vgl. S. 368[12].

[5]) In diesem Falle gilt hiernach ein Anspruch mit dem Augenblick als fällig, also „actio nata" als vorliegend, zu welchem die Fälligkeit von dem Berechtigten herbeigeführt werden kann, was ehemals zu der — in dieser Allgemeinheit nicht zutreffenden — Regel erweitert wurde: Totiens praescribitur actioni nondum natae quotiens nativitas est in potestate creditoris.

zeit (S. 362[2]).[6]) Aber auch die einer kürzeren Verjährung unterliegenden Ansprüche verjähren, wenn sie rechtskräftig festgestellt sind, erst in 30 Jahren von der Urteilsrechtskraft an (D. 42, 1, 6, 3; ebenso BGB. § 218).

Die Verjährung ist vollendet mit dem Ablaufe des letzten Tages der Verjährungsfrist (S. 355).

2. Hemmung der Verjährung.

α. Regelmäßig vollendet sich die Verjährung mit Ablauf der gesetzlichen Verjährungsfrist vom Augenblick an, wo actio nata vorlag. Diese Regel wird verlassen:

a. wenn eine Hemmung der Verjährung vorliegt; dann ruht die Verjährung (praescriptio dormit) während der Dauer der Hemmung (BGB. § 205), setzt sich also nach Beseitigung des Hemmungsgrundes fort;

b. wenn eine Unterbrechung der Verjährung (interruptio temporis) eintritt; dann wird die laufende Verjährung gänzlich beseitigt, nach Fortfall des Unterbrechungsgrundes muß die Verjährung von neuem beginnen (BGB. § 217).

β. Alle Hemmungsgründe beruhen auf dem Gedanken, daß die Verjährung demjenigen Berechtigten gegenüber nicht laufen kann, der an der Geltendmachung des Anspruchs zeitweise behindert ist (agere non valenti non currit praescriptio). Keinen Hemmungsgrund bildet jedoch die Unkenntnis des Berechtigten von seinem Anspruche (C. 7, 33, 12, 3). Denn dadurch würde der Zweck der Verjährung vereitelt werden. In Betracht kommen:

a. Innere Hemmungsgründe, d. h. aus der Beschaffenheit des Anspruchs sich ergebende Umstände, vor allem die dilatorischen Einreden, die die Geltendmachung des Anspruchs zeitweilig ausschließen, zB. Stundung (C. 7, 71, 8), Lauf einer Überlegungsfrist für den Schuldner (C. 6,

[6]) Auch nach BGB. § 195 beträgt die regelmäßige Verjährungsfrist 30 Jahre; längere Fristen kennt das Reichsrecht nicht, wohl aber — besonders für die Forderungen aus Geschäften des täglichen Verkehrs — zahlreiche kürzere von 5 Jahren (zB. BGB. § 638, HGB. §§ 26, 159) bis zu 6 Wochen (BGB. § 490).

30, 22, 11); vgl. BGB. § 202 Abs. 1. Als Hemmungsgründe kommen aber solche Umstände nicht in Betracht, die der Berechtigte hätte beseitigen können und sollen; die Verjährung wird daher nicht gehemmt durch die Einrede des Zurückbehaltungsrechts (unten § 72 b 1), des noch nicht erfüllten Vertrags (unten § 74 a), der mangelnden Sicherheitsleistung (unten § 65[1]), der Vorausklage (unten § 107 d); vgl. BGB. § 202 Abs. 2.

b. Rechtliche Hemmungsgründe. Die Verjährung ruht nach rR.: hinsichtlich der Ansprüche der Unmündigen und der einer kürzeren als der dreißigjährigen Verjährung unterworfenen Ansprüche der Minderjährigen (C. 7, 39, 3, 1[a]), ferner der Ansprüche der Ehefrau wegen ihrer Dotalsachen (C. 5, 12, 30, 2) und der Hauskinder wegen ihres der väterlichen Nutznießung unterliegenden Vermögens (peculium adventicium regulare, C. 7, 40, 1, 2), solange diese Verhältnisse bestehen[7]).

c. Tatsächliche Hemmungsgründe. Bei den als tempus utile (S. 355) zu berechnenden Verjährungsfristen ruht die Verjährung an den zur Rechtsausübung nicht geeigneten Tagen[8]).

3. Unterbrechung der Verjährung.

a. Der Zweck der Verjährung ist, zu verhüten, daß durch langjähriges Bestehenlassen eines dem Rechte möglicherweise widersprechenden Zustands unsichere Verhältnisse entstehen. Diese Gefahr wird durch Feststellung der zwischen den Beteiligten bestehenden Verhältnisse beseitigt, die Ver-

[7]) Nach BGB. § 204 ist die Verjährung von Ansprüchen zwischen Ehegatten, Eltern und minderjährigen Kindern, Vormund und Mündel gehemmt. Dagegen läuft die Verjährung grundsätzlich (vgl. jedoch §§ 206, 207) auch gegen geschäftsunfähige oder beschränkt geschäftsfähige Personen.

[8]) Nach Gem. R. ruht die Verjährung ferner im tempus hostilitatis (X. 2, 26, 10) und für Ansprüche der ecclesia Romana im Fall eines Schisma (Vorhandensein mehrerer Päpste). Nach BGB. § 203 ist die Verjährung gehemmt, so lange der Berechtigte durch Stillstand der Rechtspflege (iustitium) oder infolge von höherer Gewalt (vis maior) innerhalb der letzten 6 Monate der Verjährungsfrist an der Rechtsverfolgung gehindert ist.

jährung daher durch eine derartige Feststellung unterbrochen. Dies kann geschehen: durch Anerkennung des Anspruchs seitens des Verpflichteten und durch Betätigung des Anspruchs seitens des Berechtigten.

a. Die Anerkennung des Anspruchs unterbricht die Verjährung nach C. 7, 39, 7, 5 und 8, 4, wenn sie geschieht: ausdrücklich durch Ausstellung eines Schuldscheins oder stillschweigend durch Abschlags- und Zinszahlung, Bestellung von Pfändern oder Bürgen[9]).

b. Als eine die Unterbrechung der Verjährung herbeiführende Betätigung des Anspruchs gilt nicht die einfache Mahnung, erforderlich ist vielmehr eine Handlung, die den Anspruch klarzustellen geeignet ist, also vor allem die Klageerhebung[10]), der aber die Anrufung eines Schiedsgerichts (C. 2, 55, 5, 3) und bei Unmöglichkeit der Klagezustellung eine öffentliche Protestation gleichsteht (C. 7, 40, 2).[11])

---

[9]) Nach rR. ist die formlose mündliche Anerkennung nicht hinreichend, wohl aber nach Gem. R. und BGB. § 208.

[10]) Nach vorjustinianischem Recht wurde die Verjährung erst durch die Litiskontestation (Einlassung des Beklagten, D. 27, 7, 8, 1), nach justinianischem Recht dagegen schon per solam conventionem (C. 7, 39, 7, pr.), d. h. mit Behändigung der Klage an den Beklagten unterbrochen, ebenso nach CPO. § 267. Stehen dem Berechtigten mehrere Klagen konkurrierend zu, so wird durch die Erhebung der einen auch die Verjährung bezüglich der übrigen unterbrochen (C. 7, 40, 3, 3, ebenso BGB. § 209). Ebenso soll nach Justinians C. 8, 39, 4 die durch einen Korrealgläubiger oder gegenüber einem Korrealschuldner herbeigeführte Unterbrechung für und gegen alle wirken (anders BGB. § 425 Abs. 2). Dagegen wirkt bei der Bürgschaft die gegen den Hauptschuldner eingetretene Unterbrechung nicht gegen den Bürgen und ebensowenig umgekehrt.

Die durch Klageerhebung herbeigeführte Unterbrechung wirkt während der Rechtshängigkeit fort. Nach rR. (C. 7, 39, 9) begann vom letzten Prozeßakt an eine besondere vierzigjährige sog. Verjährung der Litispendenz (anders BGB. § 211).

[11]) Nach BGB. § 209 stehen der Klageerhebung gleich: die Zustellung eines Zahlungsbefehls, die Anmeldung des Anspruchs im Konkurse, die Geltendmachung der Aufrechnung des Anspruchs im Konkurse, die Streitverkündung in dem Prozesse, von dessen Ausgange der Anspruch abhängt, die Vornahme einer Vollstreckungshandlung.

β. Keine Unterbrechung der Verjährung wird dadurch herbeigeführt, daß auf seiten des Berechtigten oder des Schuldners eine Rechtsnachfolge eintritt. Auch bei dinglichen Ansprüchen (zB. der rei vindicatio) kommt die Verjährungszeit des Besitzvorgängers dem Besitznachfolger zu statten (sog. accessio possessionis, ebenso BGB. §§ 221, 943). Dagegen setzt sich die Verjährung nicht fort, wenn die Sache an einen Anderen gelangt, ohne daß dieser Rechtsnachfolger des bisherigen Besitzers ist; in diesem Falle ist der Berechtigte unter Umständen zur Geltendmachung seines dinglichen Rechts gegen den neuen Besitzer selbst dann befugt, wenn sein Anspruch gegen den bisherigen schon verjährt war (S. 363[8]).

c. Wirkungen der Verjährung.

1. Die vollendete Verjährung bewirkt nicht, daß der ihr unterliegende Anspruch als ipso iure beseitigt gilt, sondern gibt nur dem Anspruchsgegner das Recht, die Leistung zu verweigern (so BGB. § 222 Abs. 1 in Entscheidung einer bisherigen Streitfrage). Im Prozesse ist die Verjährung daher nur auf Einwand des Anspruchsgegners, nicht von Amts wegen zu berücksichtigen. Der Anspruchsgegner kann daher auch auf die Geltendmachung der Verjährungseinrede verzichten; dagegen können die Beteiligten nicht vor abgeschlossener Verjährung deren Eintritt vertragsmäßig ausschließen, da es sich um ein im öffentlichen Interesse eingeführtes Institut handelt (BGB. § 225).

2. Streitig ist für das Gem. R., ob mit der Verjährung eines Anspruchs dieser völlig vernichtet wird (sog. stärkere Wirkung der Verjährung) oder ob nur seine Klagbarkeit beseitigt wird, sodaß er als naturalis obligatio (unten § 72 b 2) erfüllt, anerkannt, durch Pfand oder Bürgschaft gesichert und zur Aufrechnung benutzt werden kann (sog. schwächere Wirkung).[12])

[12]) Die Quellen geben keine sichere Entscheidung. Die Anhänger der schwächeren Wirkung stützen sich auf C. 7, 39, 7 und C. 8, 30, 2, wonach Pfandrechte trotz der Verjährung der unterliegenden Forderungen fortbestehen. Aber dies anscheinende Fortbestehen des Pfand-

Damit hängt die weitere Frage zuſammen, ob Einreden verjähren. Unverjährbar ſind jedenfalls die ſog. ſelbſtändigen Einreden (zB. exceptio SC. Macedoniani, unten § 95 b, und Velleiani, S. 286), d. h. diejenigen, welche nicht die Grundlage einer Leiſtungsklage bilden können; denn ihre Geltendmachung iſt erſt möglich, wenn der Berechtigte ſeinen Anſpruch einklagt, alſo vom Willen des Einredeberechtigten unabhängig (cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo iure, is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur, D. 44, 4, 5, 6). Der Streit bezieht ſich vielmehr nur auf die ſog. abgeleiteten Einreden, d. h. diejenigen, deren Tatbeſtand gleichzeitig die Unterlage eines Leiſtungsanſpruchs bilden kann (zB. actio und exceptio doli, redhibitoria, quanti minoris, S. 299 und unten § 89 b). Nach der „ſchwächeren Wirkung" iſt, da die Verjährung nur die klageweiſe Geltendmachung eines Anſpruchs beſeitigt, die einredeweiſe Geltendmachung auch ſpäter noch geſtattet (quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua); nach der „ſtärkeren Wirkung" iſt durch die Verjährung das Recht ſelbſt beſeitigt, auf einen verjährten Anſpruch kann alſo auch keine Einrede mehr geſtützt werden (tant dure l'action, tant dure l'exception).[13])

rechts findet ſich auch in ſonſtigen Fällen zweifelloſen Untergangs der Forderung (remanet ergo propter pignus naturalis obligatio; D. 36, 1, 61, pr.); vgl. unten § 145 b.

Das BGB. hat ſich grundſätzlich der ſtärkeren Wirkung angeſchloſſen; die vorjährte Forderung iſt aber zahlbar (§ 222 Abſ. 2) und der Berechtigte kann trotz der Verjährung ſeine Befriedigung aus den weiter haftenden Pfändern ſuchen (§ 223, nicht aber gegen den Bürgen klagen, der vielmehr wie die übrigen Einreden des Hauptſchuldners, ſo auch die gegen dieſen eingetretene Verjährung für ſich geltend machen kann, § 768).

[13]) Nach dem der ſtärkeren Wirkung der Verjährung folgenden BGB. iſt nach der Verjährung des Anſpruchs grundſätzlich auch eine davon abgeleitete Einrede verjährt. Es finden ſich jedoch Ausnahmen in den §§ 478, 479, 490 (exceptio redhibitoria und quanti minoris), 821 (grundloſe Eingehung einer Verbindlichkeit), 853 (unerlaubte Handlung), 2063 (anfechtbare letztwillige Verfügungen); vgl. KO. § 44 (Anfechtungsrecht).

Sechster Abschnitt. Ausübung der Rechte. Selbstverteidigung. Selbsthülfe.

(BGB. §§ 226—231).

§ 58. Ausübung und Schutz der Rechte.

a. Rechtsausübung.

1. Ausübung der Rechte bedeutet Verwirklichung der kraft ihrer dem Berechtigten zustehenden Vorteile. Grundsätzlich kann jeder sein Recht innerhalb der von der Rechtsordnung gezogenen Grenzen in jeder ihm gut scheinenden Weise ausüben, auch wenn dabei ein Anderer Schaden erleidet (qui suo iure utitur, nemini facit iniuriam oder neminem laedit, l. 55, 151, 155 § 1 D. 50, 17). Man kann zB. auf seinem Grundstück einen Brunnen auch dann anlegen, wenn dadurch dem Brunnen eines Nachbars das Wasser entzogen und der Betrieb seiner Brauerei gestört wird (D. 39, 3, 1, 12). In manchen Fällen sind einer allzu egoistischen Ausübung des eigenen Rechts durch das objektive Recht Schranken gezogen, besonders zu Gunsten des Gemeinwesens (Enteignung), der Nachbarn (unten § 121 b), bei Servituten (civiliter uti, unten § 134 b 3), bei der Zwangsvollstreckung (CPO. §§ 811, 850). Aber auch beim Mangel derartiger Rechtsnormen ist diejenige Ausübung des Rechts nicht zu schützen, die aus Chikane erfolgt, d. h. lediglich in der Absicht der Schädigung eines Anderen, zB. das Abgraben eines Brunnens ohne eigenes Interesse, lediglich in der boshaften Absicht, dem Nachbarn Schaden zuzufügen (D. 39, 3, 1, 12, Mißbrauch des Rechts, mali-

tiis non est indulgendum, D. 6, 1, 38; BGB. § 226).

Wer ein Recht hat, ist es auszuüben befugt, aber nicht verpflichtet: „iure suo uti nemo cogitur", bezüglich der prozessualen Geltendmachung wiedergegeben durch die Parömie: „invītus agere nemo cogitur". In einzelnen Fällen verliert der Berechtigte aber sein Recht durch Nichtausübung innerhalb gewisser Zeit (Verjährung, S. 357, Provokationsklagen, unten § 60[3], Aufgebot). In anderen ist die Ausübung des Rechts gleichzeitig Pflicht; zB. darf der Pächter eines Landguts es nicht dauernd brach liegen lassen.

Die Ausübung der Rechte kann regelmäßig auch durch einen Anderen erfolgen, sei es, daß dieser im Interesse des eigentlich Berechtigten, also als Stellvertreter oder daß er im eigenen Interesse handelt. Es gibt aber sowohl Rechte, deren Ausübung durch einen Stellvertreter unzulässig ist (S. 342[6]), als auch solche, die zwar durch Stellvertreter ausgeübt werden können, aber nur im Interesse des Berechtigten, sodaß zB. eine Übertragung oder Vererbung unzulässig ist (höchstpersönliche Rechte, so zB. die Personalservituten mit Ausnahme des ususfructus, bei dem eine Übertragung zulässig ist, wenn auch nur der Ausübung nach, unten § 136 a). Zu weit ist also die Regel in VI^to 5, 13, 68: Potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum.

2. Kollision von Rechten[1]) liegt vor, wenn sich mehrere Rechte nebeneinander vorfinden, die nicht vollständig

---

[1]) Von Konkurrenz der Rechte spricht man, wenn mehrere Rechte demselben Tatbestand entspringen, zB. wenn im Falle der Fehlerhaftigkeit der Kaufsache der Käufer die Wahl zwischen der Rückgabe (actio redhibitoria) und der Preisminderung (actio quanti minoris) hat (unten § 89 b). Hierbei spricht man von kumulativer Konkurrenz, wenn der Berechtigte jedes der Rechte voll ausnutzen kann (so konnte zB. in Rom der Bestohlene die actio furti auf Privatstrafe gegen jeden am Diebstahl Beteiligten in voller Höhe geltend machen, unten § 114 b 1 β); von elektiver Konkurrenz, wenn der Berechtigte (wie bei der Zuerkennung einer Buße, StGB. § 231 Abs. 2) durch erfolgreiche Benutzung eines Rechts die übrigen

ausgeübt werden können, ohne daß sie einander hindern, wie zB. Grundstückseigentum und Wegerecht. Es fragt sich dann, ob eines der Rechte zurücktreten muß, also schwächer ist, als das andere. Dies richtet sich nach dem einzelnen Fall; es gelten jedoch gewisse allgemeine Grundsätze. Wer zB. durch Ausübung seines Rechts Schaden abwenden will, geht dem vor, der durch Ausübung seines Rechts einen Vorteil erstrebt (D. 50, 17, 41, 1: In re obscura melius est favere repetitioni quam adventicio lucro); bei dinglichen Rechten geht das früher entstandene dem später entstandenen vor (prior tempore, potior iure, besonders wichtig im Pfandrecht, unten § 143 b); bei gleichem Recht zum Besitz wird der gegenwärtige Besitzer geschützt (D. 50, 17, 128, pr., D. 20, 1, 10: melior est causa possidentis; „beati possidentes", unten § 131 a 1 β). Mangelt es an einem Satze über die Stärke der kollidierenden Rechte und ergibt sich deren gegenseitiges Verhältnis auch nicht aus ihrer Natur (wie zB. bei der Konkurrenz von Eigentum und Pfandrecht, wobei das vom Eigentümer bestellte Pfandrecht dem Eigentum selbstverständlich vorgeht), liegen also gleich starke Rechte vor, so ist bisweilen bestimmt, daß die Kollision durch das Los entschieden wird (D. 10, 2, 5, BGB. §§ 659 ff.) oder daß ein gleichmäßiges Nachgeben einzutreten hat (so beim Zwangsvergleich im Konkurse, KO. § 168). Mangels solcher Normen hat der den Vorzug, der sein Recht zuerst ausübt (sog. Prävention, „Wer zuerst kommt, mahlt zuerst"); so geht zB. nach CPO. § 804 Abs. 3 der zuerst pfändende Gläubiger jedem späteren vor.

b. Schutz der Rechte.

Eine der wichtigsten Aufgaben des Staats, als der mächtigsten, über den Parteiinteressen stehenden Gemeinschaft, ist der Schutz der Rechte des Einzelnen. In Erfüllung dieser Pflicht hat der Staat von jeher Einrichtungen ge-

---

verliert; und von alternativer Konkurrenz, wenn schon durch die versuchte Benutzung eines der Rechte die übrigen untergehen (zB. bei der Wahlobligation, unten § 67 c).

schaffen, deren sich der in seinen Rechten bedrohte oder verletzte Bürger bedienen kann: die Gerichte. Indem der Staat jedoch dem Berechtigten einen geordneten und sicheren Weg zur Durchsetzung seiner Rechte, den Rechtsweg[2]), eröffnet, verpflichtet er ihn gleichzeitig, diesen Weg zu gehen und untersagt ihm im Interesse der öffentlichen Ordnung, sich sein Recht selbst zu verschaffen (D. 50, 17, 176, pr.: Non est singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit maioris tumultus faciendi).

Hiernach ist die eigenmächtige Durchsetzung eines Rechts (Selbstschutz, Selbsthülfe im weiteren Sinne) grundsätzlich ausgeschlossen. Aber auch bei den besten Gerichtseinrichtungen ist der Selbstschutz nicht völlig zu entbehren. Die obrigkeitliche Hülfe ist nicht in jedem Augenblicke sogleich zu erlangen und viele Rechte würden unrettbar verloren gehen, wäre es dem Berechtigten unbedingt versagt, sich selbst zu helfen. Daher gibt selbst der moderne Staat dem Berechtigten unter Umständen die Befugnis zum Selbstschutz und sorgt nur durch genaue Feststellung der Voraussetzungen des berechtigten Selbstschutzes dafür, daß jeder Mißbrauch verhindert wird und nicht „Macht vor Recht geht".

Der Selbstschutz äußert sich in zwei Formen: als Selbstverteidigung (defensive Selbsthülfe), d. h. eigenmächtige Abwehr eines rechtswidrigen Angriffs, und als Selbstbefriedigung (aggressive Selbsthülfe, vom BGB. als „Selbsthülfe" schlechtweg bezeichnet), d. h. gewaltsame Verwirklichung eines behaupteten Rechts. Von diesen beiden Arten des Selbstschutzes hat die Selbstverteidigung, als auf Erhaltung des bestehenden Zustands gerichtet, die größere Daseinsberechtigung (D. 9, 2, 4, pr.: nam adversus peri-

[2]) Recht bedeutete ehemals auch Gericht, ebenso wie ius auch die Gerichtsstätte bedeutete. „Rechtsweg" ist also „Gerichtsweg", ebenso wie „rechtshängig" „bei Gericht anhängig", „von Rechts wegen" „von Gerichts wegen" bedeutet. In einem besonderen Sinne heißt Rechtsweg die Angehung der ordentlichen Gerichte, im Gegensatz zur Angehung anderer obrigkeitlicher Einrichtungen, insbesondere der Verwaltungsbehörden und der Verwaltungsgerichte.

culum naturalis ratio permittit se defendere); sie hat daher stets eine bereitwilligere Anerkennung durch die Gesetzgebung erfahren, als die Selbsthülfe.

A. Selbstschutz.

§ 59. Selbstverteidigung und Selbsthülfe.

a. Selbstverteidigung.

Nach allen Rechten (D. 9, 2, 45, 4) ist Notwehr gestattet, d. h. diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem Anderen abzuwenden (BGB. § 227 Abs. 2, nachgebildet dem StGB. § 53 Abs. 2); „vim vi repellere licet" (D. 43, 16, 1, 27). Es handelt sich hierbei um die Verteidigung der eigenen Rechtssphäre gegen einen widerrechtlichen Angriff seitens einer Person. Eine derartige Abwehr ist stets zulässig. Die Bedrohung der eigenen Rechtssphäre kann aber nicht bloß von einer Person, sondern auch von einer Sache ausgehen (zB. die Anker eines Schiffes verwickeln sich in Fischernetze, D. 9, 2, 29, 3). Auch gegen die von einer Sache ausgehende Gefahr muß sich der Berechtigte schützen können. Da aber hierbei den Eigentümer der drohenden Sache nicht ein gleiches Verschulden trifft, wie den widerrechtlich Angreifenden, so findet hierbei ein Abwägen des beiderseitigen Interesses statt, und die Beschädigung oder Zerstörung der drohenden Sache gilt nur dann als nicht widerrechtlich, wenn der Schade nicht außer dem Verhältnis zur Gefahr steht (BGB. § 228, ich kann also nicht einen wertvollen Jagdhund totschießen, der auf meinem Hühnerhofe ein wertloses Huhn zu fassen im Begriffe steht). Dem Falle der Verteidigung eines eigenen Rechts durch Zerstörung einer dasselbe bedrohenden fremden Sache steht der Fall nahe, daß ein eigenes Recht nicht anders erhalten werden kann als durch Eingriff in ein fremdes Recht (BGB. § 904: ich werfe fremde Sachen vom Schiff ins Meer, um die meinen zu retten, D. 19, 5, 14, pr.; ich stoße einen anderen Schiff-

brüchigen von der von ihm erfaßten Planke fort, um mich zu retten, sog. Brett des Karneades, ein Beispiel eines griechischen Philosophen des 2. Jahrhunderts v. Chr.).[1])

b. Selbsthülfe.

Nach älterem rR. war die Durchsetzung zweifelloser Vermögensansprüche dem eigenen Handeln des Gläubigers überlassen, der unter gewissen Voraussetzungen für berechtigt erklärt wurde, die Person (manus iniectio, G. 4, 21 ff.) oder die Vermögensstücke (pignoris capio, G. 4, 26 ff.) des Schuldners zu seiner Befriedigung anzugreifen. Die Voraussetzungen dieser eigenmächtigen Zwangsvollstreckung waren allgemein geordnet. Mitunter ermächtigte der Prätor den Gläubiger unter besonderen Voraussetzungen zur Inbesitznahme gewisser Vermögensstücke des Schuldners (missio in possessionem, unten § 65 b).

---

[1]) Die oben besprochenen drei Fälle der zulässigen Selbstverteidigung sind, wie gezeigt, im BGB. in den §§ 227, 228 und 904 auseinander gehalten. In § 227 wird eine durch Notwehr gebotene Handlung als nicht widerrechtlich bezeichnet. Unter Notwehr versteht das BGB. gleich dem StGB. § 53 jedoch nur den ersten der drei besprochenen Fälle, also die Abwehr des widerrechtlichen Angriffs einer Person. Die sonstigen Fälle der berechtigten Selbstverteidigung werden heute mit dem Ausdrucke „Handeln im Notstande" zusammengefaßt. Unter Notstand ist danach eine — nicht auf einem widerrechtlichen Angriffe beruhende — Gefahr für die eigene Rechtssphäre zu verstehen, die nicht anders, als durch Eingriff in eine fremde Rechtssphäre abgewendet werden kann. Von den beiden hierunter gehörenden Fällen ist der der Abwehr einer von einer fremden Sache drohenden Gefahr in § 228, der Eingriff in eine fremde, nicht gefahrdrohende Sache zur Erhaltung einer eigenen in § 904 geordnet. Im Falle der Notwehr (§ 227) ist die Selbstverteidigung ohne weiteres, in den Fällen des Notstands (§§ 228 und 904) nur dann zulässig, wenn der abzuwendende Schaden nicht außer Verhältnis zu dem durch die Abwendung herbeigeführten steht, im Falle des § 904 ist der Eingreifende ferner ersatzpflichtig, obgleich sein Eingreifen an sich für berechtigt erklärt ist.

Besonders geordnet ist in §§ 858 ff. die Abwehr verbotener Eigenmacht, d. h. der widerrechtlichen Entziehung oder Störung des Besitzes (unten § 118).

Über den Unterschied zwischen Notwehr und Notstand im Strafrecht vgl. StGB. §§ 53 und 54.

Nach späterem rR. ist Selbstbefriedigung nur zulässig, wenn sie zur Abwendung eines unwiederbringlichen Schadens erforderlich ist, (zB. wenn ein Schuldner mit seinem Vermögen das Weite sucht, D. 42, 8, 10, 16), sowie dann, wenn sie vertragsmäßig (durch pactum de ingrediendo) eingeräumt ist (C. 8, 13, 3). In anderen Fällen ist Selbstbefriedigung unzulässig und wird bei Anwendung von Gewalt als crimen vis bestraft (D. 48, 7, 5 und 8). An zwei Fälle unerlaubter Selbsthülfe knüpft das spätere Kaiserrecht ferner Privatstrafen.

1. Nach dem sog. Decretum divi Marci (Mark Aurel) soll der Gläubiger, der dem Schuldner zwecks eigenmächtiger Befriedigung Gegenstände wegnahm oder abnötigte, sein Forderungsrecht verlieren[2]).

2. Nach einer Verordnung der Kaiser Valentinian, Theodosius und Arkadius von 389 (C. 8, 4, 7) soll der Eigentümer einer Sache, welcher sie eigenmächtig einem Anderen wegnimmt, sein Eigentum zur Strafe verlieren, und wenn jemand sich den Besitz einer ihm nicht gehörenden Sache eigenmächtig verschafft, den Wert der Sache dem aus dem Besitze Gesetzten entrichten, in beiden Fällen aber die Sache dem früheren Besitzer zurückgeben[3]).

---

[2]) D. 4, 2, 13 (vgl. D. 48, 7, 7): Exstat enim decretum divi Marci in haec verba: Optimum est, ut, si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris. cum Marcianus diceret: vim nullam feci, Caesar dixit: tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? vis est et tunc, quotiens quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit. quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris vel pecuniam debitam non ab ipso sibi sponte datam sine ullo iudice temere possidere vel accepisse, isque sibi ius in eam rem dixisse: ius crediti non habebit.

[3]) In das Gem. R. sind diese Vorschriften nicht übergegangen. Die unzulässige Selbstbefriedigung als solche war also weder mit privaten (unten § 114) noch mit öffentlichen Strafen bedroht; nur konnte die Art der Ausführung eine Bestrafung nach sich ziehen. Es war also zB. eine nicht unter den Voraussetzungen der erlaubten Selbsthülfe vorgenommene Fortnahme von Befriedigungsmitteln Diebstahl.

Das BGB. ordnet die Selbsthülfe in §§ 229–231. Voraussetzungen der Selbsthülfe sind: Bestehen eines Anspruchs, Unmöglich-

B. Rechtsschutz.

§ 60. Rechtsschutz. Allgemeines.

a. Rechtschutzanspruch.

Die Gerichtsbarkeit, d. h. die Befugnis und Verpflichtung zur Ausübung der Rechtspflege, steht heute[1]) allein dem Staate zu. Der Staat läßt die Rechtspflege durch die Gerichte ausüben und diese sind zur Gewährung des Rechtsschutzes in doppelter Beziehung berufen (S. 24). Einerseits sollen sie durch Mitwirkung bei Begründung, Veränderung und Aufhebung von Rechtsverhältnissen künftigen Störungen der Rechtsordnung vorbeugen. Dies ist das Gebiet der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit (iurisdictio voluntaria), zu deren Ausübung heute vorzugsweise die Amtsgerichte berufen sind (vor allem nach der Reichsgrundbuchordnung — „GBO." — vom 24. März 1897 und dem RG. über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit — „FrG." — am 17. Mai 1898). Andererseits sind die Gerichte berufen, bereits eingetretene Störungen dem Rechte gemäß zu beseitigen. Dies ist das Gebiet der streitigen Gerichtsbarkeit („iurisdictio contentiosa") zu deren Ausübung außer den Amtsgerichten die Landgerichte, die Oberlandesgerichte und das Reichsgericht berufen sind.

---

keit rechtzeitiger Erlangung obrigkeitlicher Hülfe, Gefahr, daß ohne sofortiges Eingreifen die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert wird. Mittel der Selbsthülfe sind: Wegnahme, Zerstörung oder Beschädigung einer Sache, Festnahme eines fluchtverdächtigen Verpflichteten, Beseitigung des Widerstandes des Verpflichteten gegen eine Handlung, die er zu dulden verpflichtet ist.

[1]) Ehemals hatten auch gewisse Private ein Recht zur Gerichtsbarkeit, so besonders die Besitzer von Rittergütern über ihre Hintersassen, sog. Patrimonialgerichtsbarkeit. Später wurde in Ehe- und Verlöbnissachen eine geistliche Gerichtsbarkeit mit bürgerlicher Wirkung anerkannt. Beides ist durch das GVG. § 15 reichsgesetzlich beseitigt: „Die Gerichte sind Staatsgerichte. Die Privatgerichtsbarkeit ist aufgehoben. Die Ausübung einer geistlichen Gerichtsbarkeit in weltlichen Angelegenheiten ist ohne bürgerliche Wirkung."

Die hier allein in Betracht kommende streitige Gerichtsbarkeit setzt zwei im Streit befindliche **Parteien** voraus, deren jede aus einer oder mehreren Personen, „Streitgenossen", bestehen kann. Diejenige Partei, die das Gericht zuerst um Rechtsschutz angeht, heißt **Kläger** (actor), die Partei, gegen welche die Anrufung erfolgt, **Beklagter** (reus), der zwischen beiden sich vor dem Gericht abspielende „Vorgang" **Prozeß** (im rR. lis, iudicium).

Jede der Prozeßparteien erhebt, indem sie als Kläger ein angebliches Recht vor Gericht geltend macht oder als Beklagter sich hiergegen verteidigt, einen Anspruch auf Gewährung von Rechtsschutz gegen den Staat, der Kläger dahin, daß der Staat ihm durch die Gerichte und die zur Durchsetzung ihrer Anordnungen bestimmten Organe (heute besonders die Gerichtsvollzieher) zu dem ihm Gebührenden verhelfe, der Beklagte, daß der Staat den Kläger zur Ruhe verweise, insoweit sein erstrebtes, angebliches Recht als unbegründet festgestellt wird.

Mit diesem, jedem der Gerichtsbarkeit des Staates Unterworfenen gegen den Staat (vgl. RV. Art. 77) zustehenden (prozessualen) **Rechtsschutzanspruch** (Wach) nicht zu verwechseln ist der (materiellrechtliche) **Anspruch**, d. h. die Befugnis eines Berechtigten, sein Recht einem **bestimmten** Gegner gegenüber geltend zu machen[2]), zB. des Eigentümers gegenüber dem unbefugten Störer, des Gläubigers einer fälligen Darlehnsforderung gegenüber dem Schuldner. Dieser Anspruch braucht nicht immer im Prozesse geltend gemacht zu werden, sondern kann auch außergerichtlich durch Aufrechnung, Zurückbehaltung und, soweit zulässig (S. 375), durch Selbsthülfe durchgesetzt werden. Andererseits ist zuweilen ein Rechtsschutzanspruch gegeben, ohne daß ein materiellrechtlicher Anspruch vorhanden ist. Ein solcher setzt nämlich voraus, daß sich jemand mit dem Rechte eines Anderen in Widerspruch gesetzt, es verletzt hat. Ein Rechts-

[2]) Oder wie das BGB. gelegentlich der Verjährung definiert (S. 357[1]) „das Recht, von einem Anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen".

schutzanspruch ist aber vielfach nicht nur im Falle einer Rechtsverletzung, sondern auch schon im Falle einer Rechtsgefährdung gegeben[3]).

b. Einfluß des Prozesses auf das materielle Recht.

Das Angehen der Gerichte zum Zwecke der Gewährung von Rechtsschutz geschieht durch Erhebung der Klage seitens dessen, der sich in seinen Rechten verletzt oder, soweit dies als hinreichender Klagegrund gilt, gefährdet glaubt. Der Beklagte erbittet den Rechtsschutz durch Erhebung von Einwendungen. Die Entscheidung über das beiderseitige Vorbringen erfolgt durch das Urteil. Alles dies muß sich nach bestimmten Regeln und in einem geordneten Verfahren abwickeln. Die Darstellung des Verfahrens, in welchem auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts Rechtsschutz zu erbitten und zu gewähren ist, bildet das Gebiet des Civilprozeßrechts, das sich für das Deutsche Reich auf der CPO. aufbaut. Dies ist also hier nicht zu erörtern. Aber die Geltendmachung eines Rechts im Prozeßwege hat auch einen gewissen Einfluß auf dieses Recht selbst und diese Einwirkungen sind hier darzustellen (sog. materielles Prozeßrecht). Es fragt sich hierbei vor allem, wie die prozessuale Geltendmachung der Rechte zu erfolgen hat (unten §§ 61, 62), welche Veränderungen sie durch den Prozeßbeginn erleiden (unten § 63) und welchen Einfluß das den Prozeß abschließende Urteil auf die im Prozeß befangen gewesenen Rechte ausübt (unten § 64).

---

[3]) Ein Prozeß ist nämlich nach CPO. § 256 nicht nur dann möglich, wenn der Kläger vom Beklagten ein Tun oder Unterlassen verlangt, also einen Leistungsanspruch gegen ihn geltend macht und seine Verurteilung erstrebt, sondern es kann unter Umständen vom Gericht auch die bloße Beurteilung eines zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisses erbeten werden (sog. Feststellungsklage). Über diese Feststellungsklage der CPO., die unter anderen die ehemaligen Statusklagen (S. 205[2]) und die Provokationsklagen des Gem. R. (provocatio ex lege „Diffamari", auf Grund von C. 7, 14, 5 und ex lege „Si contendat" auf Grund von D. 46, 1, 28) mitumfaßt, ist im Civilprozeß zu sprechen.

§ 61. Das römische Aktionensystem.

a. Allgemeines.

Unserem heutigen Rechtsbewußtsein erscheint es als ganz selbstverständlich, daß für jedes subjektive Recht ein Rechtsschutzanspruch besteht, daß es also, sofern nicht das Gegenteil ausdrücklich bestimmt ist, (natürliche Verbindlichkeiten, unten § 72 b 2) im Rechtswege gegen denjenigen, der es verletzt oder der ihm die Anerkennung verweigert, durchgesetzt werden kann[1]).

Das rR. dagegen beruht auf der Anschauung, daß nicht jedem subjektiven Recht ohne weiteres ein Rechtsschutzmittel entspricht, sondern daß dieses, die actio[2]), durch das objektive Recht besonders gewährt werden müsse, sodaß ein — praktisch verwertbares — Recht tatsächlich nur der hatte, dem eine actio zur Seite stand. Jede actio war für einen bestimmt umgrenzten Tatbestand gegeben. Je weiter die Rechtsentwickelung fortschritt, desto zahlreicher wurden diese rechtlich geschützten Tatbestände; aber selbst auf der spätesten Entwickelungsstufe fanden sich zwischen den Gebieten, für welche die einzelnen Rechtsschutzmittel gegeben waren, Lücken, und es gab Rechte, denen keine actio entsprach und die daher eines Rechtsschutzes entbehrten. So hatte zB. der unserem heutigen Rechtsempfinden selbstverständliche Satz, daß jeder schuldhafte rechtswidrige Eingriff in eine fremde

---

[1]) Vgl. ALR. Einl. § 89: „Wem die Gesetze ein Recht verleihen, dem gewähren sie auch die Mittel, ohne welche er sich desselben nicht bedienen kann". In das BGB. ist dieser Satz als selbstverständlich nicht aufgenommen worden.

[2]) Das Wort actio wird in den Quellen in den verschiedensten Bedeutungen verwendet. Es bedeutet: den Rechtsschutzanspruch (D. 44, 7, 51: Nihil aliud est actio, quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi), die gerichtlichen Rechtsschutzmittel überhaupt (einschließlich der interdicta und der exceptiones), die prozessuale Formel (legisactio und formula, S. 166), in welche der Klageanspruch eingekleidet wird, die actio in personam (im Gegensatz zur dinglichen petitio, S. 388), endlich auch den durch Klage verfolgbaren und ihr zu Grunde liegenden materiellen Anspruch (den Klagegrund, die causa agendi, S. 378).

Rechtssphäre den Täter schadensersatzpflichtig macht (BGB. § 823) im rR. niemals Geltung erlangt; sondern die Schadensersatzpflicht auf Grund der Verletzung eines fremden Rechts trat nur ein, wenn diese Verletzung den Tatbestand eines der anerkannten Delikte (furtum, iniuria, dolus, metus usw., unten § 114) erfüllte. Während wir daher heute das bürgerliche Recht uns als ein System von Rechtssätzen vorstellen, war das rR. ein System von Rechtsschutzmitteln, von actiones, interdicta, exceptiones usw.[3])

[3]) Auf dieser Verkörperung jedes Rechts in einem seine charakteristischen Merkmale aufweisenden Rechtsschutzmittel und der dadurch bedingten scharfen Abgrenzung der Rechtsbegriffe gegen einander beruht vor allem die unvergängliche Bedeutung des rR. als eines Bildungsmittels des juristischen Verständnisses. Selbst in der heutigen Praxis ist es noch üblich und durchaus empfehlenswert, bei einem zweifelhaften Tatbestande zu erwägen, welcher römischen actio der geltend gemachte Anspruch zu unterstellen wäre. Nur muß man sich darüber klar sein, daß die Bezeichnung eines Anspruchs als condictio mutui, actio empti usw. im modernen Prozesse lediglich den Sinn einer kurzen juristischen Kennzeichnung hat, aber ohne die prozessuale Bedeutung, die sie im rR. hatte. Wie oben bemerkt, war jede actio für einen bestimmt abgegrenzten Tatbestand gegeben. Forderte nun der Kläger eine dem Beklagten übergebene Sache mit der actio depositi zurück, so konnte der iudex, wenn er fand, daß das Hingabegeschäft nicht ein Verwahrungsvertrag, sondern ein Leihevertrag war, der Beklagte aber jedenfalls zur Rückgabe verpflichtet sei, ihn nicht verurteilen; denn er durfte nach der Formel ihn nur verurteilen „si paret, A^{m} A^{m} apud N^{m} N^{m} mensam argenteam deposuisse". Kläger wurde also abgewiesen und mußte erneut mit der actio commodati klagen, woran er nicht etwa durch die Prozeßkonsumption (unten § 63 b 1) gehindert ist; denn diese bezog sich nur auf die zuerst angestellte actio depositi.

Im modernen Prozesse dagegen ist die Bezeichnung des Anspruchs durch den Kläger unerheblich. Verlangt zB. der Kläger die Rückzahlung einer dem Beklagten gegebenen Geldsumme mit der Ausführung, daß sie ihm als Darlehen gegeben sei, so muß der Richter den Beklagten heute zur Rückzahlung auch dann verurteilen, wenn er findet, daß die vom Kläger vorgetragenen Tatsachen das Geschäft als depositum irregulare (unten § 102 c 1) kennzeichnen; denn heute liegt die juristische Charakterisierung nicht, wie im rR., dem Kläger, sondern dem Richter ob. Dies pflegt man durch die beiden Rechtssprüchwörter auszudrücken: Da mihi factum, dabo tibi ius und Iura novit curia. Hiernach braucht die Klageschrift einen Rechtssatz für die Klage nicht anzugeben, und der Anspruch ist auch dann begründet, wenn ihn zwar nicht der vom Kläger etwa angezogene

b. Einteilung der actiones.

Die actiones werden von verschiedenen Gesichtspunkten aus eingeteilt, teils nach ihrer Entstehung (unten 1), teils nach der Form ihrer prozessualen Geltendmachung (2), teils nach der Art des in ihnen verkörperten (materiellen) Anspruchs (3).

1. Einteilung nach der Entstehung.

Actiones civiles sind die auf ein Volksgesetz, insbesondere die 12 Tafeln und deren interpretatio (S. 156) gestützten, also dem ius civile entsprungenen, actiones honorariae, die durch die Rechtsübung der Jurisdiktionsmagistrate (Prätoren und kurulischen Ädilen, S. 113) geschaffenen Klagen (D. 1, 1, 7). Rechtlich waren diese Magistrate nur zur Rechtsanwendung, nicht zur Rechtsschöpfung befugt (praetor ius dicere potest, facere non potest). Tatsächlich hatten sie seit der Einführung des Formularverfahrens durch die freie Gestaltung der formula (S. 167) die Möglichkeit, die neuen Grundsätze des ius gentium (S. 160) in die Rechtspraxis, einzuführen und sie benutzten diese Befugnis nach den drei Richtungen einer Unterstützung, Ergänzung und Abänderung des ius civile (D. 1, 1, 7, 1: adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam). Als Mittel zur Ergänzung des ius civile dienten die actiones ficticiae, in factum und utiles (S. 383), als Mittel zu seiner Abänderung die exceptiones (unten S. 397), durch

---

Rechtssatz, jedoch ein anderer (in Verbindung mit den vorgebrachten Tatsachen) rechtfertigt.

Nach dem vorstehenden ist die juristische Charakterisierung der vom Kläger vorgetragenen Tatsachen heute Sache des Richters und die Klage daher nicht schon deshalb abzuweisen, weil der Richter diese Tatsachen anderen juristischen Begriffen unterordnet als der Kläger. Einflußlos ist jedoch nur die rechtliche Würdigung der vom Kläger angeführten Tatsachen. Dagegen stellt die Ersetzung der in der Klage vorgebrachten klagebegründenden Tatsachen durch andere eine Änderung des Klagegrundes, also eine Klageänderung dar, die auch nach modernem Prozeßrechte nur unter gewissen Voraussetzungen zulässig ist (CPO. §§ 264, 268, 269, 527).

welche veraltete Grundsätze des ius civile unschädlich gemacht wurden.

a. Actiones ficticiae.

Die Fortbildung des ius civile durch die Prätoren geschah am einfachsten in der Weise, daß sie eine actio civilis über ihr bisheriges Anwendungsgebiet ausdehnten. Um dies zu ermöglichen, mußte von einem der bisherigen Erfordernisse der actio civilis Abstand genommen werden; zB.: das ius civile und daher auch die darauf gestützten actiones waren ausschließlich für den Verkehr der römischen Bürger untereinander bestimmt. Sollte nun zB. die actio legis Aquiliae (unten § 114 b 3) auch bei Beteiligung eines Peregrinen als Klägers oder Beklagten anwendbar gemacht werden, so geschah dies in der Weise, daß unterstellt wurde, der beteiligte Peregrine sei römischer Bürger. Ferner: der Prätor gewährte im Laufe der Rechtsentwickelung gewissen nahen Blutsverwandten, die aber nicht heredes im Sinne des, allein auf der agnatio beruhenden (S. 154), Civilrechts waren, ein tatsächliches Erbrecht, indem er sie im Nachlaßbesitze zu schützen versprach (bonorum possessio). Wollte nun ein bonorum possessor eine Darlehnsforderung des Erblassers geltend machen, so stand ihm an sich der Umstand entgegen, daß nur der heres als Gesamtnachfolger des Erblassers zu betrachten war. Dem bonorum possessor wurden nun aber die dem Erblasser zustehenden Klagen unter der Unterstellung gewährt, er sei heres (G. 4, 34). Befand sich endlich jemand im Ersitzungsbesitze und verlor er den Besitz an einen anderen als den wahren Eigentümer, so konnte er gegen den gegenwärtigen Besitzer, obwohl dieser doch minder berechtigt war, die rei vindicatio nicht anstellen. Denn diese setzte civiles Eigentum des Klägers voraus, und der Usukapient wäre erst durch Vollendung der Usukapion Civileigentümer der Sache geworden. Um ihm nun aber den ihm zu Unrecht entzogenen Besitz wieder zu verschaffen, wies der Prätor den iudex an, den Kläger so zu behandeln, als hätte er bereits ersessen (Fall der actio Publiciana, G. 4, 36; unten § 131). In gleicher Weise wurden die nach ius civile eintretenden Folgen der capitis diminutio

minima (S. 204) beseitigt, indem die durch die Statusveränderung untergegangene Klage gegen den capite diminutus gegeben wurde „rescissa capitis diminutione“ (sog. actio rescissoria, G. 4, 38).

In diesen und zahlreichen anderen Fällen wurde also die Ausdehnung einer actio civilis auf andere schützenswerte Fälle durch eine Fiktion, nämlich dadurch ermöglicht, daß eine fehlende Klagevoraussetzung (zB. die Civität, das civile Erbrecht, die vollendete Ersitzung) hinzugedacht (si Titus civis oder heres esset, si anno possedisset) oder ein vorhandener Umstand (zB. die capitis diminutio) hinweggedacht wurde (si Titius capite diminutus non esset). Diese Klagen heißen daher actiones ficticiae.

β. Actiones in factum.

Bei den actiones ficticiae lehnt sich der Prätor an eine vorhandene actio civilis an (sie sind actiones utiles in dem unten S. 385 darzulegenden Sinne). Sie sind also gleich den actiones civiles auf ein civiles Rechtsverhältnis gegründet und dies zeigt sich in der Formel dadurch, daß in der intentio lediglich dieses Rechtsverhältnis, das „ius“ (rem Auli Agerii esse, dare oportere ex iure Quiritium) angegeben zu werden braucht. Die actiones civiles sind deshalb actiones in ius conceptae.

Der Prätor hat aber auch ganz neue Klagerechte geschaffen, zB. die actio doli (S. 299), quod metus causa (S. 302) usw. Bei diesen kann in der Formel nicht ein Rechtsverhältnis bezeichnet werden, denn sie gründen sich nicht auf ein „ius“; es müssen vielmehr die Tatumstände im einzelnen angegeben werden, bei deren Vorliegen der Prätor die Klage zu geben verspricht. Diese vom Prätor neu geschaffenen Klagen heißen actiones in factum conceptae. Bei ihnen enthält also die intentio eine Tatfrage, bei den actiones in ius conceptae eine Rechtsfrage G. 4, 45, 46.[4])[5])

[4]) Eine andere Bedeutung hat der Ausdruck actio in factum, wenn er in Gegensatz zur actio vulgaris tritt. Actiones vulgares sind Klagen, deren Formeln im Edikte feststehen und mit

γ. Actiones utiles.

Actiones utiles sind Klagformeln, die der Prätor in Anlehnung an eine bestehende Formel aufstellt, also zwecks Ausdehnung ihres Anwendungsgebiets. Diese als Vorbild dienende Klage heißt actio directa[6]). Die actio utilis kann sich an eine actio civilis anlehnen, wie die actio ficticia (S. 383). Der Prätor bildete aber auch actiones utiles zu den von ihm neu geschaffenen actiones in factum[7]).

---

einem festen Namen bezeichnet sind (iudicium proditum). Actiones in factum dagegen sind Klagen, deren Formeln nicht ein für allemal feststehen, sondern vom Prätor mit Rücksicht auf den einzelnen Fall besonders gebildet werden. Zu den actiones in factum in diesem Sinne gehören die actiones (civiles in factum) praescriptis verbis, d. h. aus dem ius civile stammende Klagen, für welche sich eine technische Bezeichnung nicht herausgebildet hat, in deren Formeln daher die demonstratio durch die Erzählung der wesentlichen Tatsachen (praescripta verba) ersetzt wird. In dieser Weise wurden insbesondere die Formeln für Klagen aus den Innominatkontrakten gebildet (unten § 73 b 1 γ b).

[5]) Der Prätor hätte den gleichen Rechtsschutzerfolg wie durch eine actio ficticia auch durch eine actio in factum erreichen können. Aber einmal schlossen sich die Prätoren bei der Fortbildung des ius civile gern möglichst eng an dieses an (S. 113) und ferner war es einfacher, das civile Rechtsverhältnis unter Hervorhebung des zu fingierenden Umstandes zu bezeichnen, als die Tatumstände einzeln aufzuführen, wie dies bei der actio in factum erforderlich war. Bisweilen wurde eine actio in factum gegeben, obgleich eine actio civilis für denselben Tatbestand vorhanden war, sodaß dem Kläger die Wahl zwischen einer actio in ius concepta und einer actio in factum concepta freistand. Die doppelte Aufstellung geschah zB. für depositum und commodatum, um Hauskindern, welche actiones in ius conceptae nicht in eigenem Namen anstellen konnten, diese Anstellung zu ermöglichen (D. 44, 7, 13: In factum actiones etiam filii familiarum possunt exercere); vgl. G. 4, 47.

[6]) Der Ausdruck actio directa bezeichnet dreierlei: a. die Originalklage (Gegensatz actio utilis), b. die Hauptklage (Gegensatz actio contraria, S. 392), c. die unmittelbare Schadensersatzklage (Gegensatz actio noxalis, unten § 114 c 5).

[7]) Er gab zB. dem Verpächter, welchem der Pächter zur Sicherung für den Pachtzins das Wirtschaftsinventar durch bloßen Vertrag ohne Übergabe (Hypothek) verpfändet hatte, eine dingliche Klage auf Herausgabe der verpfändeten Sachen (actio Serviana). Nach und

2. Einteilung nach der Art der prozessualen Geltendmachung (arbitria und iudicia).

Die Einteilung in arbitria und iudicia hat verschiedene Bedeutungen. Zuweilen bezeichnet man mit arbitria die freien Klagen (bonae fidei actiones), mit iudicia die strengen Klagen (stricti iuris actiones), weil bei den ersteren arbitri urteilen, bei den letzteren ein iudex bestellt wird. Über die Bedeutung dieser auf der Art des Anspruchs beruhenden Unterscheidung ist unten 3 zu sprechen (S. 390). Meist versteht man unter arbitria jedoch die arbitrariae actiones, d. h. Klagen, deren Formel den Zusatz „nisi arbitratu tuo restituat“ oder „exhibeat“ oder „solvat“ enthält (I. 4, 6, 31). Die condemnatio war nämlich, mit Rücksicht auf die bis in die spätere Kaiserzeit vorhandene Unzulässigkeit einer Realexekution (S. 35), in Geld auszusprechen (unten § 72 a). Ging nun eine Klage auf ein restituere, d. h. eine Rückgabe, oder ein exhibere, d. h. eine Vorzeigung, so kam der Kläger, falls er gerade an der Erlangung der Leistung selbst ein Interesse hatte und in einer Geldentschädigung keinen genügenden Gegenwert fand, nicht zu seinem vollen Rechte. Andererseits war dem Beklagten, welcher vielleicht nach Feststellung seiner Verpflichtung durch den iudex sich gern durch Realleistung befreit hätte, dieser Weg verschlossen. Dies war besonders hart in den Fällen der actiones famosae, bei denen die condemnatio Infamie nach sich zog (S. 226). Der arbitratus beseitigt diese Unzuträglichkeiten. Der iudex wird durch die actio arbitraria angewiesen, zunächst nur einen Ausspruch (pronuntiatio) über den Anspruch des Klägers zu tun[8]). Stellt er den Anspruch als gerechtfertigt fest, so erläßt er eine Ermahnung (arbitratus, iussus) zur Erfüllung an den Beklagten, und eine condemnatio desselben

---

nach wurde diese Klage als utilis oder quasi Serviana actio allen Hypothekengläubigern gewährt (unten § 140 b).

[8]) Also etwa in ähnlicher Weise wie heute gemäß § 304 ZPO. bei einem nach Grund und Betrag streitigen Anspruche das Gericht über den Grund vorab entscheiden kann.

erübrigt ſich, wenn er ſeiner feſtgeſtellten Verpflichtung nachkommt (G. 4, 163). Tut er dies nicht, ſo erfolgt die condemnatio pecuniaria. Kommt der Beklagte aus Ungehorſam (contumacia) dem arbitratus nicht nach, ſo iſt der Kläger zur eidlichen Schätzung ſeines Intereſſes befugt (iusiurandum in litem, Würderungs- oder Schätzungseid).[9])

Zu den actiones arbitrariae gehören vor allem die dinglichen[10]) und diejenigen perſönlichen Klagen, welche auf eine Rückgabe (actio depositi und commodati directa, actio doli, quod metus causa) und ein Vorzeigen gehen (actio ad exhibendum, zB. eines Teſtaments). Die einzige arbiträre Klage, bei welcher der arbitratus nicht auf ein restituere oder exhibere, ſondern auf ein solvere geht, iſt die actio de eo quod certo loco (sc. dari oportet, D. 13, 4).[11])

[9]) Nach einem Geſetze Zenos (von 477, C. 8, 4, 9) kann insbeſondere der gewaltſam des Beſitzes eines Grundſtücks Entſetzte den Wert der hierbei verlorenen Mobilien, nach Feſtſetzung eines Höchſtbetrags durch den Richter, eidlich ſchätzen (iusiurandum Zenonianum; vgl. heute CPO. § 287, unten § 118[22]). Hierdurch wurde in den bei weitem meiſten Fällen der Mangel der Realexekution ausgeglichen, denn der Beklagte ließ es regelmäßig nicht auf die willkürliche Schätzung des Klägers ankommen.

[10]) Die Formel der rei vindicatio lautet: T. i. e. Si paret fundum Cornelianum, quo de agitur, ex iure Quiritium A^i A^i esse, neque (nisi) eum N^s N^s A^o A^o arbitratu tuo restituat, quanti ea res erit, tantam pecuniam N^m N^m A^o A^o condemna, si non paret, absolve.

[11]) Hatte der Beklagte ſich durch eine stipulatio verpflichtet, dem Kläger in Epheſus 1000 Scheffel Getreide zu liefern, ſo konnte urſprünglich nur am Erfüllungsort Epheſus geklagt werden. Später wurde dem Kläger zwar nachgelaſſen, den Anſpruch aus dieſem stricti iuris negotium auch im allgemeinen Gerichtsſtande des Beklagten, zB. Rom, geltend zu machen. Aber da die geſchuldete Leiſtung in Rom naturgemäß einen anderen Wert hatte als in Epheſus, ſo konnte er bei der condemnatio pecuniaria nur denjenigen Wert beanſpruchen, den die Leiſtung in Epheſus gehabt hätte. Durch die oben erwähnte Klage wurde die Ausgleichung ermöglicht. Die erforderliche Feſtſetzung des Geldwerts erfolgte durch den iudex in einem arbitratus de solvendo, welcher aber nicht wie der arbitratus de restituendo oder de exhibendo nur ein Zwiſchenurteil war, ſondern als auf Geld lautend ſofort zur Vollſtreckung führen konnte; vgl. unten § 69 a.

3. Einteilung nach der Art des materiellen Anspruchs.

α. Actiones in personam und in rem (I. 4, 6, 1).

a. Dem persönlichen Rechte liegt ein Verhältnis zu einem von vornherein bestimmten Gegner, dem dinglichen zunächst nur eine unmittelbare Beziehung zu einer Sache zu Grunde (S. 34). Daher enthält bei gerichtlicher Geltendmachung des persönlichen Rechts (actio in personam, condictio) die intentio die Bezeichnung des Verpflichteten, beim dinglichen Anspruch (actio in rem, vindicatio) die intentio die Bezeichnung des Verhältnisses des Klägers zu einer Sache, während der Beklagte erst in der condemnatio erscheint[12]). Den dinglichen Klagen gleichgestellt sind die Klagen aus anderen absoluten Rechten (S. 36), insbesondere den Familien- und Statusrechten (zB. die vindicatio filii in potestatem, die Präjudizialklagen, S. 206[2]).

Einige Klagen haben einen gemischten Charakter (quaedam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam, I. 4, 6, 20), nämlich:

1) die drei Teilungsklagen (finium regundorum, D. 10, 1, familiae erciscundae, D. 10, 2, communi dividundo, D. 10, 3), insofern sie aus einem persönlichen Rechtsverhältnisse (communio) entstehen, während andererseits die Person des Beklagten nicht wie bei den actiones in personam von vornherein genau bestimmt ist, sondern durch wechselnde Zustände (Besitz, Miteigentum) bezeichnet wird[13]);

---

[12]) Die intentio in personam auf Grund eines ius ad rem lautet daher: Si paret N^m N^m A^o A^o fundum Sempronianum dare oportere —: die intentio in rem auf Grund des Eigentums dagegen: S. p. fundum Sempronianum quo de agitur A^i A^i esse ex iure Quiritium.

[13]) Die drei Teilungsklagen sind auch noch in einer anderen Beziehung actiones mixtae (s. duplices). Während nämlich in der Regel (bei den actiones simplices) der Kläger schlimmsten Falls abgewiesen, der Beklagte verurteilt werden kann, hat bei den Teilungsklagen der Richter zwecks Auflösung der bestehenden Gemeinschaft freie Hand; er kann daher auch den vom Kläger beanspruchten Gegenstand

2) die actiones in rem scriptae (D. 4, 2, 9, 8). Dies sind Klagen, welche, einem persönlichen Rechtsverhältnis entspringend, von vornherein zwar nur gegen einen bestimmten Gegner gehen, sich aber unter gewissen Voraussetzungen auch gegen dritte richten können. Der Hauptfall ist die actio quod metus causa (formula Octaviana): die Klage auf Rückgabe abgezwungener Sachen richtet sich nicht nur gegen den Zwingenden, sondern auch gegen jeden am Zwang Unbeteiligten, an welchen die Sachen gelangt sind. Eine ähnliche Natur haben die actiones noxales (unten § 114 c 5).

b. Die persönlichen Klagen zerfallen nach dem ihnen zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis (S. 430) in: actiones ex delicto und quasi ex delicto (Klagen aus unerlaubten und diesen gleich geachteten Handlungen) und actiones ex contractu und quasi ex contractu (Klagen aus Kontrakten und wie solche behandelten Verhältnissen).

1) Die Deliktsklagen (I. 4, 6, 16 ff., unten § 114) sind wieder actiones rei persequendae causa s. rei persecutoriae, wenn sie lediglich Rückgabe oder Schadensersatz bezwecken (z.B. die condictio furtiva auf Rückgabe entwendeter Sachen), oder actiones poenae persequendae causa s. poenales, wenn sie auf eine an den Beschädigten zu erlegende Privatstrafe gehen. Die actiones poenales heißen mere poenales, wenn sie nur auf Strafe gehen (wie die actio furti manifesti auf das Vierfache des Werts der gestohlenen Sache); mixtae, wenn außerdem noch Werterſatz oder Rückgabe verlangt werden kann (wie bei der actio vi bonorum raptorum, welche auf den Sachwert und das Dreifache desselben geht). Strafklagen, bei welchen das Strafmaß dem Richter anheimgegeben ist (z.B. die aestimatoria iniuriarum actio), heißen actiones in bonum et aequum conceptae.

---

bei der adiudicatio dem Beklagten zuteilen. Insofern heißt es in D. 44, 7, 37, 1 und D. 10, 2, 2, 3: „uterque actor est", „et rei et actoris partes sustinet".

In der Regel sind die Deliktsklagen actiones privatae, d. h. nur der Verletzte kann sie erheben. Den Gegensatz bilden die actiones populares s. publicae, Klagen wegen Verletzung eines öffentlichen, meist polizeilichen Interesses (zB. die actio sepulcri violati, D. 47, 12, 3, pr.), welche von jedem aus dem Volke (selbst einem Hausſohn) angestellt werden können. Die Geldbuße fällt meist an den Kläger, nur in einzelnen Fällen (zB. bei der von Cäsar eingeführten Klage wegen Grenzverrückung, actio de termino moto, D. 47, 21, 3, pr.), an den Staat. Konkurrieren mehrere Kläger, so trifft der Prätor die Wahl (praetor eligat idoneiorem, D. 47, 23, 2).

2) Die Kontrakte scheiden sich (S. 269) in solche, bei welchen nur ein Teil verpflichtet wird (contractus unilaterales: Nexum, Stipulation, Litteralkontrakt, Darlehen), und solche, bei welchen beiderseits Verpflichtungen entstehen können (contractus bilaterales). Die letzteren können sein: contractus bilaterales aequales, wenn für beide Teile von vornherein Verpflichtungen entstehen (synallagmatische Verträge, weil die gegenseitigen Verpflichtungen in einem Abhängigkeitsverhältnisse von einander, *συνάλλαγμα*, stehen): Kauf, Miete, Gesellschaft. Oder sie sind contractus bilaterales inaequales, wenn zunächst nur ein Teil verpflichtet ist, während die Verpflichtung des anderen Teils von besonderen Umständen abhängt (Mandat, Depositum, Kommodat, Pignus).

Aus den streng einseitigen Verträgen entspringt daher auch stets nur für den einen Vertragsteil eine Klage, und diese ist actio stricti iuris, da die Verpflichtung des Gegners von vornherein genau bestimmt oder wenigstens bestimmbar ist[14]). Bei den contractus bilaterales dagegen

---

[14]) Die actiones stricti iuris heißen in den Quellen fast immer condictiones. Sie konnten ursprünglich nur auf ein certum (condictio certi), später auch auf ein incertum (condictio incerti) gehen. Im engeren Sinne heißt condictio certi die auf das dare von certa pecunia gehende Klage, welcher gegenüber die Klage auf das dare jeder anderen certa res, condictio triticaria

lassen sich die wechselseitigen Verpflichtungen nicht von vornherein genau feststellen. Ihre Erfüllung hängt wesentlich

---

genannt wird (D. 13, 3, 1, pr., von triticum, Getreide, dem Hauptgegenstande der Verträge außer Geld).

Condictio war im Legisaktionenverfahren eine Verfahrensart für einseitige, festbestimmte Ansprüche (legis actio per condictionem, S. 166), so benannt, weil der Kläger hierbei im ersten Termin in iure den Beklagten auffordern mußte, am 30. Tage ad iudicem capiendum wieder vor dem Prätor zu erscheinen (G. 4, 18). Danach nannte man später die Klageformeln zur Geltendmachung einseitiger festbestimmter Ansprüche (actiones stricti iuris) condictiones. Schließlich unterschied man cond. certi und incerti (D. 46, 2, 14) und bezeichnete alle persönlichen Klagen als condictiones (D. 44, 7, 25, pr.).

Heute versteht man unter „Kondiktionen" meist die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (BGB. §§ 812 ff.).

Die bonae fidei iudicia (so wird in den Quellen regelmäßig gesagt, nicht b. f. actiones, vgl. nur I. 4, 6, 28) haben stets eine intentio incerta mit dem Zusatz ex fide bona, während die intentio der condictiones als certa oder incerta auf das dare facere oportere ohne diesen Zusatz geht. Außer aus contractus bilaterales aequales (Kauf, Miete, Gesellschaft) und inaequales (Auftrag, Verwahrung, Leihe, Pfandvertrag, Innominatkontrakte) entspringen bonae fidei iudicia aus der Verpflichtung zur Rückgabe eines Heiratsguts (actio rei uxoriae) oder Herausgabe einer Erbschaft (hereditatis petitio), aus der fiducia (actio fiduciae), der Führung der Vormundschaft (actio tutelae), der auftragslosen Geschäftsführung (actio negotiorum gestorum) und der Gemeinschaft (actio communi dividundo und familiae erciscundae; die actio finium regundorum ist in diesem Zusammenhange nicht erwähnt); vgl. I. 4, 6, 28. Die freiere Stellung des iudex bei den bonae fidei actiones (liberum officium iudicis) hat zur Folge:

a. der Richter hat bei der actio bonae fidei, ohne daß es der Einfügung einer exceptio bedarf (doli exceptio bonae fidei iudiciis inest, unten § 62 b 1), Umstände zu berücksichtigen, deren Vorhandensein das Begehren des Klägers als der bona fides zuwiderlaufend erscheinen läßt, wie Zwang und Betrug, Zurückbehaltungsrecht und Aufrechnungsbefugnis;

b. er kann auch den Inhalt eines dem negotium bonae fidei bei seinem Abschlusse beigefügten formlosen (unten § 73 b 2) Nebenvertrags in Rücksicht ziehen (pacta in continenti adiecta contractui insunt);

c. er kann die omnis causa berücksichtigen, d. h. wenn es sich um Herausgabe einer Sache handelt, auch deren Früchte und Erweiterungen zusprechen. unten § 129 d;

von Treu und Glauben ab; die aus ihnen sich ergebenden Klagen heißen daher bonae fidei iudicia. Bei den contractus bilaterales aequales hat jeder Teil von vornherein eine Klage, zB. beim Kaufe der Käufer die actio empti, der Verkäufer die actio venditi; bei der Miete der Vermieter die actio locati, der Mieter die actio conducti; bei der Sozietät jeder der Vertragsgenossen die actio pro socio. Bei den contractus bilaterales inaequales dagegen hat nur der eine Teil von vornherein eine Klage, actio directa, zB. der Auftraggeber die actio mandati directa gegen den Beauftragten auf Ausführung des Auftrags, der Hinterleger die actio depositi directa gegen den Verwahrer auf Rückgabe der in Verwahrung gegebenen Sache, der Verleiher die actio commodati directa gegen den Entleiher auf Rückgabe der geliehenen Sache. Demgegenüber heißt die nur möglicherweise entstehende Klage des Gegners actio contraria, zB. actio mandati, depositi, commodati contraria des Mandatars, Depositars, Kommodatars auf Erstattung von Auslagen.

β. Actiones perpetuae und temporales. Vgl. hierüber S. 361.

§ 62. Die Verteidigung des Beklagten.

a. Verteidigungsmittel des Beklagten.

Der Beklagte kann sich gegen eine gegen ihn erhobene Klage in mehrfacher Weise verteidigen.

1. Er kann zunächst die Erhebung der Klage als überhaupt unzulässig bezeichnen, weil es der Klage an einer Prozeßvoraussetzung fehle. Hierunter versteht man gewisse Umstände, die vorhanden sein müssen, damit das an-

---

d. aus bonae fidei negotia kann selbst bei vertragsmäßiger Festsetzung des Erfüllungsorts auch in jedem anderen Gerichtsstande des Beklagten Klage erhoben werden, bei stricti iuris actiones mußte ursprünglich am Erfüllungsorte geklagt werden, hier war also ein „örtlich ausschließlicher Gerichtsstand" begründet (vgl. S. 451[5]).

Über den Satz „omnia iudicia esse absolutoria" vgl. S. 408[7].

gegangene Gericht überhaupt zu einem Urteil in der Sache selbst gelangen kann[1]): die Zulässigkeit des Rechtswegs, die ordnungsmäßige Besetzung und die Zuständigkeit des angegangenen Gerichts, die Parteifähigkeit und Prozeßfähigkeit der Parteien, die Vertretungsmacht der für sie handelnden Vertreter.

2. Der Beklagte kann ferner bestreiten, daß zur Zeit ein Rechtsschutzanspruch (S. 378) des Klägers bestehe, zB. daß es für die vom Kläger angestellte Feststellungsklage an dem nach ZPO. § 256 erforderlichen Interesse an der alsbaldigen richterlichen Feststellung fehle.

3. In den beiden vorstehend erörterten Fällen geht der Beklagte auf den mit der Klage geltend gemachten Anspruch nicht ein, sondern beansprucht die Abweisung des Klägers aus prozessualen Gründen. Wendet er sich nun aber gegen den Anspruch selbst, so kann er: entweder bestreiten, daß der Anspruch zu Recht besteht, oder zugeben, daß er zu Recht besteht und behaupten, daß es infolge eines Gegenrechts des Beklagten zu einer Verurteilung nicht kommen kann.

a. Bestreitet der Beklagte das Bestehen des geltend gemachten Anspruchs, so kann er:

a. leugnen, daß das dem Anspruche zu Grunde liegende Recht überhaupt entstanden ist oder daß es für den Kläger (Bestreiten der Aktivlegitimation des Klägers) oder gegen den Beklagten (Bestreiten der Passivlegitimation des Beklagten) entstanden ist (einfaches Leugnen, negative Litiskontestation; Beklagter führt zB. an: der vom Kläger behauptete Kauf sei nicht bindend zustande gekommen oder Kläger sei als Vertreter des X oder Beklagter als Vertreter des Y aufgetreten);

b. zugeben, daß das dem Anspruche zu Grunde liegende Recht zwar äußerlich entstanden sei, aber einwenden,

[1]) Mangelt es an einer Prozeßvoraussetzung, so erfolgt zwar auch eine Entscheidung auf Abweisung des Klägers, denn das eingeleitete Prozeßverfahren muß einen Abschluß erhalten; diese Abweisung ist aber nur eine formelle (gemeinr. sog. absolutio ab instantia im Gegensatz zur Abweisung aus sachlichen Gründen, absolutio ab actione) und hindert den Kläger nicht, die Klage zu erneuern.

daß es aus einem besonderen Grunde wirkungslos sei (Einwendung sog. *rechtshemmender Tatsachen*, zB. Beklagter sei beim Kaufabschlusse handlungsunfähig gewesen oder der Kauf sei simuliert);

c. *zugeben*, daß das dem Anspruch zu Grunde liegende Recht gültig entstanden sei und einwenden, daß es wieder erloschen sei (Einwendung sog. *rechtsvernichtender Tatsachen*, zB. der eingeklagte Kaufpreis sei gezahlt, durch Aufrechnung beseitigt).

β. *Gibt der Beklagte zu*, daß der Anspruch zu Recht besteht, so kann er einwenden, daß der Anspruch infolge eines selbständigen *Gegenrechts* des Beklagten zur Zeit oder überhaupt wirkungslos sei (zB. der vom Eigentümer auf Herausgabe einer Sache belangte Besitzer wendet ein, daß ihm daran ein Miet-, Pfand-, Zurückbehaltungsrecht zusteht).

Dem einfachen Leugnen (α a) gegenüber werden heute die sonstigen Erklärungen des Beklagten auf die Klage mit dem Ausdruck „*Einwendungen*" zusammengefaßt (zB. BGB. §§ 334, 404). Diejenigen Einwendungen des Beklagten, mit denen er den Anspruch des Klägers, falls er begründet sein sollte, mit Hülfe eines Gegenrechts beseitigen will, heißen *Einreden*, zB. Einrede der Verjährung (BGB. § 222), des Zurückbehaltungsrechts (§ 273), der Vorausklage (§ 771); vgl. §§ 202 Abs. 2, 390, 768, 813. Über das Verhältnis dieser Einreden zu den exceptiones des rR. vgl. S. 398.

4. Die Anführungen des Beklagten lassen sich nach zwei Gesichtspunkten gruppieren: einmal danach, welche Partei die tatsächlichen Unterlagen einer Anführung zu beweisen hat, hierfür (wie man sagt) die „*Beweislast*" (onus probandi)[2])

[2]) Wer eine Tatsache beweisen muß, hat die „Last" hiervon: er muß die Beweismittel aufsuchen und bezeichnen und trägt die Gefahr davon, wenn sie den Beweis nicht erbringen; denn dann gilt die zu beweisende Tatsache als unerwiesen und daher unbeachtlich. Vor allem muß, wenn eine Tatsache, wie dies in der Praxis sehr häufig vorkommt, nur durch den *Eid* einer Partei zu beweisen ist, der Beweispflichtige dem Gegner den Eid zuschieben, kann also die von ihm behauptete Tatsache nicht selbst beeiden, sondern muß es auf die Ehr-

hat; und ferner danach, welche der den Einwendungen zu Grunde liegenden Tatsachen der Richter auch von Amts wegen zu berücksichtigen hat und welche umgekehrt nur zu beachten sind, wenn der Beklagte dies ausdrücklich verlangt.

a. Beweislast[3]).

Bestreitet der Beklagte das Vorhandensein der Prozeßvoraussetzungen oder die Entstehung des vom Kläger geltend gemachten Anspruchs, so hat der Kläger die Beweislast: onus probandi incumbit ei qui dicit, non qui negat[4]), D. 22, 3, 2; actore non probante reus absolvitur.

Bringt der Beklagte dagegen eine Einwendung, d. h. eine rechtshemmende oder eine rechtsvernichtende Tatsache, oder ein selbständiges Gegenrecht vor, so hat der Beklagte deren tatsächliche Unterlage zu erweisen (reus in exceptione actor est, D. 44, 1, 1). Der Beklagte ist auch nicht gehindert, nebeneinander den Klagegrund zu bestreiten und — für den Fall, daß er erwiesen wird — Einwendungen vorzubringen (qui excipit, non fatetur).

Diese Grundsätze stehen von jeher fest. So oft aber über die Beweislast gestritten wird (zB. beim bedingten

---

lichkeit und das Gedächtnis des Gegners ankommen lassen (ZPO. §§ 445 ff.)

Die Frage nach der Beweislast gehört dem materiellen Recht an; dagegen gehört die Frage nach den Beweismitteln d. h. denjenigen Mitteln, die dazu dienen sollen, dem Richter die Überzeugung von der Wahrheit einer Behauptung beizubringen (Augenschein, Zeugen, Sachverständige, Urkunden, Eid) dem Prozeßrecht an.

[3]) D. 22, 3: De probationibus et praesumptionibus.

[4]) Daraus hat man früher den irrigen Schluß gezogen: negativa non sunt probanda, d. h. das Nichtsein von Tatsachen braucht nicht bewiesen zu werden, während der obige Satz nur bedeutet: jede Partei muß diejenigen Tatsachen beweisen, die sie behaupten muß, um ihre Klage oder Einwendung zu begründen, wobei es freilich häufig streitig ist, welche Tatsachen zur Klagebegründung erforderlich sind (s. o.). Daß bisweilen auch das Nichtsein eines Umstands zu beweisen ist, zeigt zB. die Illegitimitätsklage, bei welcher der Vater beweisen muß, daß das in der Ehe geborene, aber als unehelich bezeichnete Kind nicht von ihm stammt (BGB. §§ 1591 ff.) und die condictio indebiti (unten § 113 b 1), bei der der Kläger beweisen muß, daß die von ihm bezahlte Schuld nicht bestand.

Rechtsgeschäft, S. 327), handelt es sich eben darum, ob ein Vorbringen des Beklagten als ein Leugnen oder als eine Einwendung aufzufassen ist.

Die Einwendungen des Beklagten kann der Kläger wieder durch — von ihm zu erweisende — **Repliken**, diese der Beklagte seinerseits — durch von ihm zu erweisende — **Dupliken** entkräften (D. 44, 1, 2, 1).

Eine an sich beweispflichtige Partei wird der Beweispflicht ledig, wenn der Gegner die zu beweisende Tatsache **zugesteht** (**Geständnis**, CPO. § 288, nicht zu verwechseln mit dem **Anerkenntnis** des Anspruchs, der confessio in iure, CPO. § 307), ferner wenn sie **gerichtskundig** (notorisch) ist (CPO. § 291) oder wenn das Gesetz für sie eine **Rechtsvermutung** (praesumtio iuris, zB. die praesumtio Muciana, s. u.) aufstellt (CPO. § 292). Im letzteren Falle muß der Beweis des Gegenteils vom Gegner geführt werden; zuweilen ist aber ein Gegenbeweis überhaupt nicht zulässig, sog. praesumtio iuris et de iure (sc. contrariam probationem non admittens, zB. im rR. die Beweiskraft eines Darlehnsschuldscheins nach Ablauf der zweijährigen Anfechtungsfrist, unten § 73[10]).

β. **Von Amts wegen und nur auf Einwendung zu berücksichtigende Umstände.**

Die Anführungen des Beklagten haben vielfach nur den Zweck, den Richter auf Umstände hinzuweisen, die er auch von Amts wegen berücksichtigen müßte. So braucht der Beklagte nach dem das moderne Recht beherrschenden Grundsatze „da mihi factum, dabo tibi ius" keinerlei Rechtsausführungen zu machen und es ist ferner der Mangel einer Prozeßvoraussetzung, sowie eines zur Begründung des geltend gemachten Anspruchs unentbehrlichen Umstands, endlich das Vorhandensein der rechtshemmenden und rechtsvernichtenden Tatsachen vom Richter nicht nur auf Einwendung des Beklagten, sondern auch von Amts wegen zu berücksichtigen, wenn der Richter das Vorliegen derartiger Umstände auf andere Weise erfährt.

Manche der zur Abweisung oder zur Beschränkung des vom Kläger geltend gemachten Anspruchs geeigneten Umstände

dürfen dagegen vom Richter, selbst wenn er ihr Vorhandensein kennt, nur berücksichtigt werden, wenn sie vom Beklagten einwandsweise geltend gemacht werden[5]). Nicht von Amts wegen sondern nur auf Verlangen des Beklagten zu beachten sind die Einreden. Sie gewähren dem Beklagten, wie S. 394 dargelegt, das Recht, den an sich begründeten — nämlich rechtswirksam entstandenen und nicht wieder beseitigten — Anspruch des Klägers kraftlos zu machen. Ob der Beklagte sich dieses Rechts bedienen will, ist seine Sache (iure suo uti nemo cogitur, S. 371); tut er es nicht, so bleibt die Einredetatsache für den Prozeß bedeutungslos.

Da die Vorschützung von Einreden hiernach im freien Belieben des Beklagten liegt, so ergibt sich als weitere Eigentümlichkeit der Einreden gegenüber den sonstigen (rechtshemmenden und -vernichtenden) Einwendungen, daß der Beklagte sie durch vertragsmäßigen Verzicht beseitigen kann.

b. Die exceptio.

1. Allgemeines.

Wie oben dargelegt, nennt man heute „Einreden" diejenigen Umstände, die dem Beklagten die Berechtigung gewähren, einen an sich begründeten Anspruch des Klägers zurückzuweisen. Als der diesem Begriffe der Einreden ent-

---

[5]) Im modernen Prozesse ist die Frage, ob ein Umstand von Amts wegen oder nur auf Einwendung des Beklagten zu berücksichtigen ist, am häufigsten zu entscheiden im Versäumnisverfahren gegen den Beklagten, wenn also dieser im Verhandlungstermine nicht erscheint und daher das Vorbringen des Klägers als zugestanden gilt. Selbst dann ist (CPO. § 331 Abs. 2) ein Versäumnisurteil nur zu erlassen, wenn dieses Vorbringen den Klageantrag rechtfertigt. Trägt nun zB. der Kläger selbst vor, daß der Beklagte bei Abschluß des Kaufvertrags, dessen Erfüllung verlangt wird, entmündigt war, so müßte er abgewiesen werden; denn das Gericht hat diese vom Kläger selbst vorgetragene, rechtshemmende Tatsache von Amts wegen zu berücksichtigen. Anders, wenn sich aus der Klage zB. ergeben würde, daß der Anspruch verjährt ist oder wegen eines dem Beklagten zustehenden Gegenanspruchs ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht werden könnte. Diese Umstände bleiben unberücksichtigt, bis der Beklagte darauf eine „Einrede" gründet.

sprechende römische Begriff wird häufig die exceptio bezeichnet. Diese Gleichstellung von Einrede und exceptio ist jedoch verfehlt.

a. Die exceptio (vgl. I. 4, 13: De exceptionibus, D. 44, 1: De exceptionibus praescriptionibus et praeiudiciis, C. 8, 35: De exceptionibus sive praescriptionibus) hatte im Formularprozeß die rein prozessuale Bedeutung einer Ausnahme (daher der Name) von dem Kondemnationsbefehl (D. 44, 1, 2, pr.: Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cuiusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est). In eine exceptio gekleidet wurden nun aber nicht nur Einreden im heutigen Sinn, also Gegenrechte des Beklagten gegenüber einem an sich begründeten Anspruch des Klägers, sondern unter Umständen auch rechtshemmende und rechtsvernichtende Tatsachen. Der Kreis derjenigen Umstände, die der Magistrat in einer exceptio zum Ausdrucke bringen mußte, damit der iudex sie berücksichtigen konnte, stand auch nicht ein für alle Mal fest. Wegen der eigentümlichen Gestaltung des Formularprozesses war er vielmehr verschieden, je nachdem eine formula in ius concepta oder eine formula in factum concepta (S. 384) gewährt wurde: bei der ersteren mußten nur Einredetatsachen, bei der letzteren aber auch rechtshemmende und rechtsvernichtende Tatsachen in eine exceptio gekleidet werden, damit der iudex zu ihrer Berücksichtigung in der Lage war[6]). Von Einwendungen des Beklagten, die

[6]) a. Bei der formula in ius concepta wurde der iudex angewiesen zu verurteilen zB.: „Si paret, N^m N^m A^o A^o centum dare oportere". Wendete der Beklagte nun in iudicio ein, er sei beim Abschlusse des zu Grunde liegenden Vertrags wahnsinnig gewesen oder er habe die Schuldsumme bereits bezahlt, so konnte der iudex diese — rechtshindernden und rechtsvernichtenden — Tatsachen berücksichtigen, ohne daß sie in eine exceptio gekleidet zu werden brauchten, denn der iudex hat festzustellen, ob der Beklagte — im Augenblicke der Klageerhebung, S. 408 — „dare oportet", und kann dies nicht, wenn er findet, daß der zu Grunde liegende Vertrag nichtig oder die gültig entstandene Schuld getilgt ist. Exceptiones brauchen also nur bezüglich solcher Umstände in die Formel eingefügt zu werden, die das

der iudex auch ohne Einkleidung in eine exceptio berücksichtigen muß, sagt man, sie wirken „ipso iure“, von anderen, sie wirken nur „ope exceptionis“ [7]).

---

an sich begründete dare oportere ausschließen sollen. Wendet zB. der Beklagte gegenüber einer Stipulationsschuld ein, Kläger habe ihm die Schuld durch pactum de non petendo (unten § 82) erlassen, so muß dieser Einwand als exceptio aufgenommen werden, um von iudex berücksichtigt zu werden. Denn da die Stipulationsschuld grundsätzlich nur durch Acceptilation beseitigt werden kann, nicht durch formloses pactum de non petendo (unten § 82), so ist die intentio: N^m N^m A^o A^o centum dare oportere immer noch richtig, und es bedarf einer besonderen Anweisung des Prätors, um dem iudex zu ermöglichen, auch den formlosen Erlaßvertrag zu berücksichtigen.

b. Bei der formula in factum concepta dagegen wurde der iudex nicht angewiesen, zu verurteilen, wenn er das rechtsgültige Bestehen einer Schuld des Beklagten oder eines sonstigen Rechtsverhältnisses feststellen würde, vielmehr gibt hierbei die intentio dem iudex nur auf, festzustellen, ob eine gewisse Tatsache vorgefallen ist (zB. Si paret A^m A^m apud N^m N^m mensam argenteam deposuisse). Behauptet der Beklagte in diesem Falle, daß die normale Wirkung dieser Tatsache durch andere (rechtshindernde oder -aufhebende) Tatsachen ausgeschlossen sei, so muß er die Aufnahme solcher Tatsachen in die Formel im Wege einer exceptio bewirken, sonst stellt der iudex eben nur die Tatsache der intentio fest.

c. Nach dem Vorstehenden hatte der Beklagte der intentio in ius concepta gegenüber seine Einreden, der intentio in factum concepta gegenüber auch seine sonstigen Einwendungen bei Vermeidung des Verlustes schon in iure vorzubringen. Freier wird seine Verteidigung seit Schaffung der exceptio doli. Mindestens seit der Zeit des Labeo kann der Beklagte die Einfügung einer allgemeinen Klausel folgender Fassung beantragen: si in ea re nihil dolo malo A^i A^i factum sit neque fiat (G. 4, 119). Durch den ersten Teil dieser Klausel (si — nihil dolo malo factum sit) behält sich der Beklagte die Einrede vor, daß der Kläger ihn bei Abschluß des Rechtsgeschäfts, um dessen Erfüllung es sich handelt, betrogen habe (S. 299). Die exceptio doli in dieser Richtung geht also in die Vergangenheit zurück und stützt sich auf einen bestimmten Vorgang (Betrug des Klägers bei Abschluß des Geschäfts); man bezeichnet sie heute daher als exceptio doli specialis s. praeteriti. Eine weit umfassendere Bedeutung hat der zweite Teil der Formel „neque fiat“. Er weist den Richter an, auch solche Umstände zu berücksichtigen, welche die Anstellung der gegenwärtigen Klage im gegenwärtigen Augenblick als dolus malus des Klägers erscheinen lassen. Da es nun dolus malus ist, wenn Kläger einen Anspruch geltend macht, welchem Beklagter eine dem Kläger bekannte Einwendung entgegensetzen kann, so erübrigt sich zu-

Die Einfügung einer exceptio erfolgte durch einen mit „si non“ (nicht mit „nisi“, wie beim arbitratus, S. 387[10]) eingeleiteten Nebensatz, der eine negative Bedingung der Verurteilung ausdrückte. Die Formel lautete also zB. in dem Anm. 6 zu a erwähnten Falle: T. i. e. Si paret N^m N^m A^o A^o centum dare oportere, si non convenit, ne ea pecunia peteretur, N^m N^m A^o A^o centum condemna, s. n. p. a.

β. Mit der unter α behandelten Frage, welche Umstände der iudex von Amts wegen, ipso iure, und welche er nur dann berücksichtigen durfte, wenn sie in eine exceptio gekleidet waren, nicht zu verwechseln ist die Frage, wann der Magistrat von Amts wegen die Einfügung einer exceptio in die Formel zu veranlassen hatte. Dies mußte wegen des obwaltenden öffentlichen Interesses geschehen beim Vorliegen der exceptio legis Plaetoriae (S. 278), der

---

nächst die besondere Aufführung der dem Kläger bekannten Einwendungen. In späterer Zeit wird von der Kenntnis des Klägers abgesehen (D. 45, 1, 36), und nunmehr erhält dieser Teil der exceptio doli dem Beklagten ohne weiteres alle seine Einwendungen. Man bezeichnet die exceptio doli in dieser umfassenden und den Zeitpunkt der Entscheidung in Betracht ziehenden Wirkung als exceptio doli generalis s. praesentis.

Die römische Praxis bediente sich der exceptio doli, um das Civilrecht im Sinne der aequitas umzubilden (iuris civilis corrigendi gratia); auf sie führt die Ausbildung der Retention (unten § 72 b 1), der Kompensation (unten § 81 a) und der exceptio rei venditae et traditae (oben S. 347[1]) zurück. Keiner exceptio doli bedarf es bei bonae fidei iudicia, da bei diesen schon die Klausel ex fide bona den iudex zur Berücksichtigung eines etwaigen dolus des Klägers anweist: „doli exceptio bonae fidei iudiciis inest“, S. 391[14].

[7]) Diesen Gegensatz verwendet man auch heute noch, indem man — in unrichtiger Gleichstellung von Einrede und exceptio — die von Amts wegen zu berücksichtigenden Umstände, die zur Abweisung der Klage führen, als „ipso iure“, die nur auf Verlangen des Beklagten zu berücksichtigenden als „ope exceptionis“ wirkend bezeichnet.

Gemeinrechtlich bezeichnete man die rechtshindernden und rechtsaufhebenden Einwendungen als exceptiones facti (prozessuale Einreden), die Gegenrechte (Einreden) als exceptiones iuris s. actionis (materielle Einreden).

exceptio SC. Velleiani (S. 286) und der exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae (unten § 64 b 1). Diese Umstände waren vom Magistrat als Exzeptionen in die Formel einzufügen, auch wenn der Beklagte dies nicht verlangte. Hierin zeigt sich ein weiterer Unterschied der röm. exceptio von der modernen Einrede, deren Begriffsmerkmal gerade darin zu finden ist, daß sie nur auf Verlangen des Beklagten berücksichtigt werden darf.

2. Einteilung der Exzeptionen.

Gleich den Aktionen (S. 382 ff.) werden die Exzeptionen herkömmlich gewissen Einteilungen unterworfen, wobei man jedoch unter exceptio teils den römischrechtlichen, rein prozessualen Begriff (unten *α*), teils den modernen materiellrechtlichen Begriff der Einrede versteht (unten *β*, *γ*, *δ*).

α. Die Einteilung in exceptiones civiles (zB. legis Plaetoriae, S. 278, legis Cinciae, unten § 92 b 1, SC. Macedoniani, unten § 95 b 1, und SC. Velleiani, S. 286) und exceptiones honorariae (zB. die exceptio doli, S. 299, quod metus causa, S. 302), ferner in exceptiones in ius und in factum conceptae (S. 384) entspricht den gleichen Einteilungen der actiones.

β. Exceptiones in rem heißen die einem jeden, exceptiones in personam die nur einem bestimmten Kläger entgegenstehenden Einreden; exceptiones rei cohaerentes (zB. doli, metus) heißen die einem jeden in das fragliche Rechtsverhältnis eintretenden Beklagten, also insbesondere auch den Rechtsnachfolgern und Bürgen des ursprünglichen Verpflichteten zustehenden Einreden (zB. die exceptio doli und metus), exceptiones personae cohaerentes die nur einem bestimmten Beklagten aus einem bei ihm vorhandenen besonderen Grunde zustehenden (zB. die exceptio competentiae, unten § 72 a). Macht ein Beklagter unzulässigerweise eine nur einem bestimmten Verpflichteten zustehende Einrede geltend, dann spricht man von einer (unzulässigen) exceptio de iure tertii.

γ. Abgeleitete Exzeptionen sind solche, welche sich auf ein auch durch Klage zur Geltung zu bringendes Recht

stützen, zB. exceptio quanti minoris, abgeleitet von der actio quanti minoris (unten § 89 b), vgl. D. 50, 17, 156, 1; selbständige Exzeptionen sind solche, die nur zur Verteidigung dienen können, zB. exceptio SC. Macedoniani und Velleiani, die Einrede der Verjährung.

δ. Exceptiones peremtoriae s. perpetuae sind solche, welche den Anspruch des Klägers gänzlich vernichten, zB. die exceptio quod metus causa, doli, transactionis (des Vergleichs). Dem gegenüber heißen exceptiones dilatoriae s. temporales solche Einwendungen, die sich nicht gegen den Klageanspruch selbst, sondern nur gegen die Art oder die Zeit seiner Geltendmachung richten, also durch Aufschiebung der Klage oder eine andere Art ihrer Anstellung hätten vermieden werden können, zB. die Einrede der Stundung, des Zurückbehaltungsrechts, der Unzuständigkeit des Gerichts (D. 44, 1, 3).[8]) Die peremtorischen Einwendungen entstammen stets dem materiellen Rechte, die dilatorischen können diesem oder (wie die Einrede der Rechtshängigkeit, CPO. § 263) dem Prozeßrecht entnommen sein[9]).

---

[8]) Das BGB. bezeichnet die peremtorischen Einreden als „Einreden, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wird" (zB. § 813), die dilatorischen als „Einreden, auf Grund welcher der Verpflichtete vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist" (zB. § 202).

[9]) Die Wirkung der Einreden war im Formularverfahren für beide Arten die gleiche: stellten sie sich als begründet heraus, so war durch die Abweisung des Klägers die Sache für immer erledigt, denn wegen der durch die Litiskontestation eintretenden Konsumtion des Anspruchs (S. 405) war erneute Geltendmachung des Anspruchs selbst dann nicht mehr zulässig, wenn die erste Klage nur auf Grund einer dilatorischen Einrede als verfrüht oder unrichtig erhoben abgewiesen worden war.

Erst durch Kaiser Zeno (I. 4, 13, 10) wurde die nochmalige Anstellung einer wegen pluris petitio tempore abgewiesenen Klage zugelassen. Nachdem seit Justinian die durch die Litiskontestation eintretende prozessuale Konsumtion der Ansprüche beseitigt war (S. 406), konnte der Beklagte einer erneuten Klage mit der exceptio rei iudicatae nicht entgegentreten, wenn die erste Abweisung lediglich auf Grund einer dilatorischen Einrede erfolgt war (absolutio ab instantia, S. 393[1]; ebenso CPO. § 322).

§ 63. Die Wirkungen der Klageerhebung.

a. Eintritt der Wirkungen.

Die prozessuale Geltendmachung eines Rechts (die sog. Rechtshängigkeit) wirkt in gewisser Weise auf dieses zurück. Es fragt sich zunächst, mit welchem Zeitpunkte diese Wirkungen eintreten. Im Legisaktionen- und Formularverfahren traten alle diese Wirkungen mit dem Abschlusse des Verfahrens in iure ein, nämlich im Legisaktionenverfahren mit der litis contestatio, der Feststellung des Streitstandes vor Zeugen, im Formularverfahren mit der Aushändigung der schriftlich festgestellten formula an den Kläger. Im justinianischen Prozeß galt als spätester Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Schluß des ersten Verhandlungstermins (post narrationem propositam et contradictionem obiectam, vgl. C. 3, 1, 14, 4), in dem rein schriftlichen Gemeinen Prozeß das Eingehen der Klagebeantwortung bei Gericht (Kriegs- oder Streitbefestigung). Mit diesem Zeitpunkte trat, wie man unter weiterer Verwendung des in Wahrheit nicht mehr zutreffenden Ausdrucks sagte, Litiskontestation ein; doch wurden in beiden Prozessen gewisse Wirkungen, nämlich die Litigiosität (S. 410) und die Unterbrechung der Anspruchsverjährung (S. 367) schon an das Eingehen der Klageschrift bei Gericht geknüpft. Nach der CPO. treten alle Wirkungen der Rechtshängigkeit mit der Erhebung der Klage ein (CPO. § 267), also normaler Weise mit der Zustellung der Klage (CPO. § 253), in gewissen Ausnahmefällen (zB. bei Widerklagen § 281, vgl. §§ 500, 510) durch Geltendmachung in der mündlichen Verhandlung.

b. Die Wirkungen der Rechtshängigkeit.

1. Prozeßnovation.

Nach altrömischer Anschauung gehörte, wie S. 166 dargelegt, die unmittelbare Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten nicht zu den Amtspflichten der Magistrate. Vielmehr hatten diese nur Recht und Pflicht, den Streitstand festzustellen (Verfahren in iure) und den die eigentliche

Entscheidung fällenden iudex — regelmäßig auf Vorschlag der Parteien — zu bestellen. Die Litiskontestation und das Verfahren in iudicio, in welchem das Urteil erging, setzte nun aber — wie im Civilprozesse darzulegen ist — die Mitwirkung beider Teile voraus. Es gab bis auf Mark Aurel kein Versäumnisverfahren im Sinne der §§ 330 ff. CPO., wobei unter Unterstellung der vom Kläger behaupteten Tatsachen der Richter durch Endurteil entscheidet, ob diese den geltend gemachten Anspruch rechtfertigen. Vielmehr mußte der Beklagte mitwirken, wenn es zu einem Urteil kommen sollte; es bestand für ihn eine „Einlassungspflicht" (so schon nach den 12 Tafeln: si in ius vocat, ito, S. 101), deren Erfüllung teils unmittelbar, teils mittelbar erzwungen wurde. Weigerte sich nämlich der Beklagte, einer gerechtfertigten in ius vocatio zu folgen, so konnte er vom Kläger anfänglich durch manus iniectio (S. 106) dazu gezwungen werden. Später legte ihm der Prätor auf Antrag des Klägers eine Strafe (multa) auf, und wies den Kläger in das Vermögen des Beklagten ein, der absens indefensus ist oder fraudationis causa latitat, d. h. sich böslich der Ladung entzieht. Die grundlose Verweigerung der Einlassung auf die Klage galt also als Konkursgrund.

Wegen der unentbehrlichen Beteiligung beider Parteien am Prozesse konstruierten die Römer diesen als einen Quasikontrakt (iudicio contrahitur, D. 15, 1, 3, 11): durch die Litiskontestation vereinbaren die Parteien, ihren Streit durch den erwählten iudex endgültig entscheiden zu lassen[1]).

[1]) Für die CPO. ist diese Auffassung des Prozesses als eines zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages privatrechtlicher Natur unannehmbar. Durch die Klageerhebung entstehen zwar auch zwischen dem Kläger, dem Beklagten und dem Gericht als Organ des um Rechtsschutz angegangenen Staates rechtlich geordnete Beziehungen, also ein Rechtsverhältnis („Prozeßrechtsverhältnis", S. 34[a]); aber dieses Rechtsverhältnis ist wesentlich öffentlich-rechtlicher Natur und seine Gestaltung dem Privatbelieben der Parteien daher entzogen. Es gibt keinen „Konventionalprozeß" mehr; die Parteien einigen sich insbesondere nicht mehr, wie regelmäßig im rR., über die Person des Richters, sondern dieser ist durch die Gerichtsverfassung von Rechts wegen bestimmt, und niemand darf diesem „gesetzlichen Richter" entzogen

Die Folge dieser Anschauung war, daß mit dem Augenblicke, wo ein Anspruch durch Litiskontestation rechtshängig wurde, der Kläger den Anspruch nicht anders als durch Fortsetzung des Verfahrens geltend machen konnte (bis de eädem re ne sit actio). Der Anspruch auf Zahlung zB. wandelte sich gewissermaßen durch die Litiskontestation in einen Anspruch, sich dem Urteil zu unterwerfen und durch das Urteil in einen Anspruch, dieses zu erfüllen um (sog. Prozeßnovation, novatio necessaria im Gegensatz zu der vertragsmäßigen Forderungsumwandlung, der novatio voluntaria, unten § 78 b); vgl. G. 3, 180: Apud veteres scriptum est, ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere. Diese Konsumtion des Anspruchs durch die Litiskontestation bewirkte, daß der Beklagte, wenn der Kläger nach erfolgter Litiskontestation den Prozeß, etwa weil er seine Abweisung wegen eines formellen Fehlers vorhersah[2]), nicht fortführte, sondern einen neuen begann, diesem mit der exceptio rei in iudicium deductae entgegentreten konnte. Denn da der Anspruch des Klägers durch den ersten Prozeß völlig verbraucht war, mangelte es dem zweiten an dem Klage-

---

werden (GVG. § 16). Nur in einzelnen Beziehungen ist eine vertragsmäßige Prozeßgestaltung zugelassen (prorogatio fori, ZPO. § 38 ff., schiedsrichterliches Verfahren, ZPO. §§ 1025 ff.).

Die ZPO. kennt auch keinen Einlassungszwang mehr. Erscheint jedoch eine Partei in dem zur mündlichen Verhandlung bestimmten Termin nicht, so läuft sie Gefahr, daß im Wege des Versäumnisverfahrens (ZPO. §§ 330 ff.) ihre kostenpflichtige Abweisung oder Verurteilung erfolgt.

[2]) Das konnte besonders in dem streng formalistischen Legisaktionenverfahren eintreten (S. 156[2]). Aber auch im Formularverfahren wurde der Kläger mit der ganzen Klage abgewiesen, falls er eine unberechtigte Mehrforderung (plus oder pluris petitio) erhoben hatte. Die plus petitio kann geschehen re (zu viel), tempore (zu früh), causa (Klage auf einen bestimmten Gegenstand, während Beklagter die Wahl unter mehreren hat), loco (wenn die Erfüllung an einem anderen Ort als dem richtigen gefordert wird). Dies wurde erst durch Justinian beseitigt; vgl. oben S. 402[3].

grund[8]). Es gab also auch keine Klagerücknahme wie nach CPO. § 271.

Erst durch Justinian wurde die konsumierende Kraft der Litiskontestation, ihre sog. negative Funktion beseitigt. Er ersetzte die peremtorische (S. 402), also jede anderweitige Geltendmachung ausschließende exceptio rei in iudicium deductae durch die nur dilatorische, also mit der Rücknahme der zuerst angestellten Klage fortfallende, exceptio litis pendentis (Einrede der Rechtshängigkeit). Seither tritt eine Prozeßnovation jedenfalls nicht infolge der Rechtshängigkeit (der Litiskontestation) ein; ob infolge des Urteils ist unten § 64 b zu erörtern.

2. Prozessuale Wirkungen der Rechtshängigkeit.

a. Exceptio litis pendentis.

Seit Justinian hat die Rechtshängigkeit, wie erwähnt, keine novierende Wirkung, begründet aber nunmehr die exceptio litis pendentis, auf Grund welcher der Beklagte die Einlassung auf eine andere Klage bis zur Zurück-

---

[8]) In Wahrheit bewirkte die novatio necessaria nicht gleich der novatio voluntaria eine innerliche Veränderung des Anspruchs. Vielmehr blieb der rechtshängig gewordene Anspruch materiell der gleiche wie vorher, also ein Darlehns-, Kaufpreis-, Mietzinsanspruch usw. Er trat nur in einen besonderen Abschnitt seiner Verwirklichung. Da er an sich der gleiche blieb, gingen auch nicht, wie bei der vertragsmäßigen Novation (unten § 78 b 3), seine Nebenrechte (Pfand, Bürgschaft, Konkursprivilegien) unter, sondern auf den rechtshängigen und sodann auf den Urteilsanspruch (actio iudicati) über (vgl. D. 46, 2, 29).

Nicht immer bedurfte es übrigens der Einführung einer exceptio rei in iudicium deductae, um die Abweisung des in einem zweiten Prozesse geltend gemachten, bereits rechtshängigen Anspruchs herbeizuführen. Im Legisaktionenverfahren ging durch die litis contestatio der geltend gemachte Anspruch „ipso iure" unter, was der zur Entscheidung des zweiten Verfahrens bestellte iudex daher von Amts wegen berücksichtigen mußte (S. 401), und das gleiche galt auch noch im Formularverfahren für die lediglich auf ius civile beruhenden Prozesse, nämlich dann, wenn zur Entscheidung über eine actio in personam mit formula in ius concepta ein iudicium legitimum bestellt war (vgl. G. 4, 104 ff.). Hierüber ist im Civilprozeß zu sprechen.

nahme der ersten verweigern konnte (ebenso CPO. § 263 Abs. 2 Nr. 1, vgl. § 274 Abs. 2 Nr. 4 und 6).

β. Perpetuatio fori.

Die im Augenblicke der Litiskontestation vorhandene Zuständigkeit des angerufenen Gerichts wird durch eine spätere Veränderung der sie begründenden Umstände nicht berührt (sog. perpetuatio fori, D. 5, 1, 30: ubi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet; vgl. CPO. § 263 Abs. 2 Nr. 2).

γ. Unzulässigkeit der Klageänderung.

Im Legisaktionenverfahren bildete die durch die litis contestatio, im Formularverfahren die durch die formula erfolgte Feststellung des Streitstandes die unveränderliche Grundlage des iudicium. Eine Änderung des Klagegrundes, also des objektiven Inhalts des geltend gemachten Anspruchs, war deshalb nach der Litiskontestation nur zulässig, wenn dem Kläger gegen die Litiskontestation in integrum restitutio gewährt wurde[4]). Dagegen war die subjektive Änderung, d. h. eine Umschreibung der Formel auf andere als die ursprünglich darin bezeichneten Personen möglich (sog. translatio iudicii), zB. beim Wechsel des iudex (wegen Todes oder falls er nach Schluß der Verhandlung in iudicio schwört „rem sibi non liquere"), beim Tod einer Partei (im Fall der Aufnahme, reassumtio litis, durch den Erben) und beim Fortfall eines Stellvertreters[5]).

---

[4]) Im späteren rR. wurde mit dem Fortfalle der Teilung des Verfahrens die Klageänderung (mutatio libelli) zulässig, aber von der Zustimmung des Beklagten abhängig; vgl. CPO. §§ 264, 527: die Klageänderung (d. h. Änderung des Klagegrundes, § 268) ist von der Einwilligung des Beklagten abhängig, in 1. Instanz aber auch ohne diese zulässig, wenn die Verteidigung des Beklagten dadurch nicht wesentlich erschwert wird.

[5]) Trat für eine Partei ein Prozeßvertreter auf, so wurde er nicht wie im heutigen Prozesse (CPO. §§ 130[1, 6], 159[4]) neben, sondern an Stelle der Partei und zwar in der condemnatio genannt; zB.: T. i. e. Si paret N^m N^m A^o A^o centum dare oportere, N^m N^m Titio (Vertreter des Klägers) centum condemna oder

3. Materielle Wirkungen der Rechtshängigkeit.

Die materiellen Wirkungen der litis contestatio lassen sich auf den Grundsatz zurückführen, daß für das Bestehen und den Umfang des geltend gemachten Anspruchs der Zeitpunkt der l. c. maßgebend bleiben soll. Keine Partei soll durch das Hinausschieben des Endurteils Vorteil oder Nachteil haben. Hieraus folgt für das klassische rR.:

α. Ist der Anspruch des Klägers zur Zeit der l. c. nicht begründet, so erfolgt Abweisung der Klage, selbst wenn der Mangel (zB. der Fälligkeit des Anspruchs) bis zum Erlasse der sententia im iudicium behoben wird (D. 5, 1, 23).[6])

β. Ist der Anspruch zur Zeit der l. c. begründet, und fällt er später fort (zB. durch Erfüllung), so muß dem Prinzipe nach trotzdem Verurteilung erfolgen[7]).

Titium (Vertreter des Beklagten) A° A° centum condemna, si non paret absolve. Daher bedurfte es bei einer Änderung des Vertreters einer Änderung der Formel.

[6]) Schon die Römer haben diesen Grundsatz nicht starr durchgeführt. So soll bei der rei vindicatio (D. 6, 1, 27, 1), der hereditatis petitio (D. 5, 3, 18, 1), der actio depositi (D. 16, 3, 1, 21) der Beklagte verurteilt werden, wenn er den Besitz der herausverlangten Gegenstände auch erst nach der litis contestatio erhalten hat. Das moderne Recht hat den römischrechtlichen Gedanken der Ersetzung des dare oportere durch das condemnari oportere, also der prozessualen Konsumtion des Anspruchs durch die Litiskontestation (S. 405) aufgegeben. Man sieht deshalb heute bei Beurteilung der Begründetheit eines Anspruchs nicht auf den Augenblick der Klagezustellung (welche heute die Wirkungen der Litiskontestation herbeiführt, S. 403), sondern auf den Augenblick der Urteilsfällung; vgl. CPO. §§ 278, 283.

[7]) Diese aus der Anspruchskonsumtion gezogene Folgerung ist schon im späteren römischen Recht aufgegeben worden. Für bonae fidei iudicia waren beide Rechtsschulen (Sabinianer und Prokulianer) darüber einig, daß eine nach der litis contestatio eintretende Beseitigung des Anspruchs die Abweisung der Klage herbeiführen müßte. Die Prokulianer bestritten dies jedoch für stricti iuris iudicia, während die Sabianer den von Justinian aufgenommenen Satz vertraten: omnia iudicia esse absolutoria (I. 4, 12, 2). Dies gilt auch heute.

γ. Nach der l. c. gehen auch bisher unvererbliche Rechte und Verpflichtungen auf die Erben über[8]).

δ. Der auf Herausgabe einer Sache Beklagte muß neben dieser auch die nach der l. c. gewonnenen Früchte und sonstigen Vorteile (omnis causa) herausgeben und haftet für Verschlechterungen in erhöhtem Maße (unten § 129 d).

ε. Der auf Zahlung einer Geldsumme Beklagte hat seit der l. c. Zinsen (Prozeßzinsen) zu zahlen, selbst

---

[8]) Der Regel nach gehen die einer Person zustehenden Rechte bei deren Tode auf ihre Erben (ad heredes) über. Nach rR. sind jedoch (aktiv, auf der Gläubigerseite) unvererblich: die actiones populares (zB. de effusis et deiectis), die Statusklagen (zB. auf Ehetrennung, D. 24, 3, 15, 1) und die actiones vindictam spirantes, d. h. Klagen auf Genugtuung für persönliche Kränkung (quae magis vindictae quam pecuniae habent persecutionem, D. 37, 6, 2, 4), zB. die actio iniuriarum (D. 47, 10, 13, pr.), die querela inofficiosi testamenti (D. 5, 2, 6, 2), die Strafklage des Patrons oder Vaters wegen in ius vocatio (D. 2, 4, 24), die actio calumniae (D. 3, 6, 4).

Der Regel nach gehen ebenso die Ansprüche gegen eine Person nach deren Tode gegen die Erben (in heredes). Jedoch sind (passiv, auf der Schuldnerseite) unvererblich die actiones poenales: in poenam heres non succedit, D. 39, 1, 22. Die nur Schadensersatz erstrebenden actiones rei persecutoriae gehen nach rR. gegen die Erben des Schuldigen nur insoweit, als die Erbmasse durch das Delikt bereichert ist (D. 50, 17, 38: Sicuti poena ex delicto defuncti heres teneri non debeat, ita nec lucrum facere, si quid ex ea re ad eum pervenisset). Nach kanonischem Rechte haften die Erben für Deliktsschulden in vollem Umfange, selbst mit dem eigenen Vermögen: iuxta facultates suas condigne satisfaciant. Dies hat die gemeinrechtliche Praxis jedoch dahin abgeschwächt, daß die Erben für vollen Schadensersatz, aber nur auf Höhe der Erbmasse, „iuxta facultates hereditatis", haften. Für den bei Rechtsgeschäften begangenen dolus des Erblassers haften die Erben dagegen unbeschränkt (D. 44, 7, 12: ob dolum malum defuncti heres in solidum tenetur).

Alle bis zur l. c. nicht oder nur beschränkt vererblichen Ansprüche werden durch die l. c. aktiv und passiv vererblich.

Aus dem BGB. ist zu erwähnen, daß der Anspruch auf Schmerzensgeld und auf Entschädigung wegen Defloration (§§ 847, 1300) erst vererblich wird, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist. Über die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten vgl. §§ 1967 ff.

wenn ihn kein Verschulden (Verzug) trifft (vgl. BGB. § 291).

ζ. Die Verjährung wird durch die l. c. unterbrochen und kann während der Dauer der Rechtshängigkeit nicht wieder beginnen. D. 50, 17, 139, pr.: Omnes actiones, quae morte aut tempore pereunt, semel inclusae iudicio salvae permanent[9]).

η. Hat der Kläger die Wahl zwischen mehreren Gegenständen, so kann er, falls die l. c. betreffs eines derselben erfolgt ist, die getroffene Wahl nicht mehr ändern, selbst wenn ihm nach dem Vertrag ein ius variandi zusteht. Ebenso werden durch die l. c. seitens eines von mehreren Mitgläubigern (Korrealgläubigern) mit dem Schuldner oder seitens des Gläubigers mit einem von mehreren Mitschuldnern (Korrealschuldnern) die anderen Mitgläubiger ausgeschlossen und die übrigen Mitschuldner befreit. Das letztere ist im justinianischen Rechte beseitigt; vgl. unten § 86[4].

ϑ. Die in Streit befangene Sache (res litigiosa) darf nach der l. c. nicht mehr veräußert, der geltend gemachte Anspruch (actio litigiosa) nicht mehr abgetreten werden[10]).

---

[9]) Die Rechtshängigkeit erlischt beim iudicium legitimum (S. 406[7]) seit der lex Iulia in 18 Monaten, beim iudicium imperio continens mit Ablauf der Amtszeit des Magistrats, welcher die actio erteilt hatte. Konstantin bestimmte, daß ein Prozeß nicht länger als 2, Justinian, daß er nicht länger als 3 Jahre dauern solle. Über die Verjährung der Litispendenz vgl. oben S. 367[10].

Nach der CPO. erlischt die einmal durch Klageerhebung eingetretene Rechtshängigkeit nicht durch Zeitablauf, sondern nur durch Klagerücknahme (§ 271), rechtskräftige Entscheidung oder Vergleich; vgl. jedoch § 697.

[10]) Nach einem Edikte von Augustus sollte die während der Rechtshängigkeit erfolgte Veräußerung eines in Streit befangenen italischen Grundstücks seitens des Klägers nichtig und strafbar sein. Später (C. 8, 36, 5) wurde dem Kläger die Veräußerung aller persönlichen und dinglichen rechtshängigen Ansprüche untersagt und durch Justinian auch die durch den besitzenden Beklagten erfolgende Veräußerung einer res litigiosa für nichtig und strafbar erklärt. Zulässig waren gewisse Veräußerungen einer res oder actio litigiosa, zB. im

ι. Der mit einer actio noxalis Belangte kann sich auf eine nach der l. c. eingetretene Unmöglichkeit der noxae datio nicht berufen (unten § 114 c 5).

κ. Endlich wandelt sich mit der l. c. jeder Leistungsanspruch in einen Geldanspruch um. Denn nach klassischem Recht war die Realexekution, d. h. die wirkliche Fortnahme einer geschuldeten Sache und die Erzwingung einer sonstigen Leistung des Beklagten unzulässig, vielmehr war omnis condemnatio pecuniaria (unten § 72 a).

§ 64. Die Wirkungen des Urteils.

a. Rechtskraft des Urteils.

Formelle Rechtskraft bezeichnet die Tatsache, daß die in einem Rechtsstreit ergangene Entscheidung der Anfechtung in diesem Rechtsstreit entzogen ist, daß gegen die Entscheidung kein „Rechtsmittel" zulässig ist. Materielle Rechtskraft (auctoritas rei iudicatae) bedeutet, daß das (formell) rechtskräftige Urteil das Rechtsverhältnis der Parteien in unantastbarer Weise dauernd regelt (res iudicata pro veritate accipitur, ius facit inter partes).

b. Wirkungen des rechtskräftigen Urteils.

1. Negative Wirkungen des rechtskräftigen Urteils (exceptio rei iudicatae).

α. Begriff.

Die negative Wirkung des Urteils wird durch den Grundsatz zum Ausdrucke gebracht: Bis de eādem re ne sit actio, d. h. keine der Parteien ist befugt, die rechtskräftig entschiedene Sache zum Gegenstand eines neuen Prozesses zu machen. Das Zuerkannte kann also nicht mehr bestritten,

---

Fall einer Erbteilung, eines Vergleichs, der Bestellung einer Mitgift; vgl. D. 10, 2, 13.

Nach C[9] §§ 265, 266 ist die Veräußerung der res und der actio litigiosa gültig, aber ohne Einfluß auf den schwebenden Prozeß.

das Aberkannte nicht mehr geltend gemacht werden. Einem derartigen Versuch in einem neuen Prozesse kann der Gegner mit einer exceptio rei iudicatae entgegentreten[1]).

Man spricht heute (nach dem Vorgange von Keller in seinem Buche „Litiskontestation und Urteil", 1827) von einer negativen und einer positiven Funktion der exceptio rei iudicatae. In ihrer negativen Funktion beruht sie auf der dem älteren römischen Recht eigentümlichen (S. 405) Konsumtion des Anspruchs durch die Litiskontestation und macht das Vorhandensein eines früheren Urteils, in ihrer positiven macht sie dessen Inhalt geltend.

Im römischen Recht hatte die exc. r. i. grundsätzlich nur eine negative Funktion. Sie trat, nachdem das Urteil rechtskräftig geworden war, an die Stelle der bereits durch die Litiskontestation entstandenen exceptio rei in iudicium deductae. In der Formel wurde sie daher durch die (auch von Amts wegen einzufügenden, S. 401), Exzeptionsworte zur Berücksichtigung gebracht: si ea res q. d. a. iudicata vel in iudicium deducta non est inter A^m A^m et N^m N^m. In einzelnen Fällen wurde jedoch auch schon im römischen Recht die exc. r. i. in ihrer positiven, den Inhalt des Urteils zur Geltung bringenden Funktion anerkannt. War z.B. in einem Prozesse der Beklagte B auf die rei vindicatio des Klägers A zur Herausgabe der Sache an A verurteilt worden, und klagte später B seinerseits mit der rei vindicatio auf Rückgabe derselben Sache gegen den früheren Kläger A, so nützte diesem das Vorhandensein eines früheren Urteils nichts; denn entschieden und daher konsumiert war nur die rei vindicatio des A gegen B, nicht die im zweiten Prozesse zu entscheidende des B gegen A. Dennoch gewährte man auch dem A die exceptio rei iudicatae, weil nach dem Inhalte des ersten Urteils das Eigentum der Streitsache dem A zugesprochen war[2]).

---

[1]) D. 44, 2: De exceptione rei iudicatae. Vgl. CPO. §§ 325 ff.

[2]) Die konsumierende Kraft der litis contestatio ist durch Justinian beseitigt worden. Es gibt seither keine exceptio rei in iudicium deductae (S. 405) mehr; an ihre Stelle ist die exceptio

β. Voraussetzungen der exceptio rei iudicatae.

Die exceptio rei iudicatae ist, wie Julian sagt, begründet „quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur“ (D. 44, 2, 3). Sie setzt hiernach voraus, daß der neue Prozeß die gleiche Frage zum Gegenstand habe (objektive Identität) und zwischen denselben Personen sich abspiele (subjektive Identität) wie der rechtskräftig entschiedene Vorprozeß.

a. Objektive Identität (eadem res, eadem quaestio).

Eadem res, eadem quaestio ist bei persönlichen Klagen nur vorhanden, wenn derselbe Gegenstand aus demselben Rechtsgrunde (causa) von neuem gefordert wird. Dagegen ist bei dinglichen Klagen die exceptio rei iudicatae schon dann gegeben, wenn nur der Gegenstand beider Prozesse derselbe ist, ohne daß es auf den Erwerbsgrund ankommt[2a]). Wenn jedoch im ersten Prozesse causā expressā geklagt war, d. h. unter Angabe eines besonderen Erwerbsgrundes, oder wenn der neue Prozeß auf einen erst nach Rechtskraft des ersten Urteils eingetretenen Erwerbsgrund (causa superveniens) gestützt wird, z.B. wenn der früher mit der Vindikation abgewiesene Kläger später das Eigentum erwarb (D. 44, 2, 11, 4), oder wenn der frühere Eigentumsprozeß abgewiesen war, weil der Beklagte nicht

litis pendentis (S. 406) getreten. Streitig war für das Gemeine Recht, ob mit der Beseitigung der Konsumtion durch die Litiskontestation auch die konsumierende Wirkung des Urteils fortgefallen ist, d. h., ob heute die exceptio rei iudicatae überhaupt noch eine negative Funktion hat. Für die CPO. ist dies jedenfalls zu verneinen.

[2a]) D. 44, 2, 14, 2: Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod, cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur nec ulla earum alterius petitione vitiatur: at cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur. neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest.

besaß und der Beklagte später in den Besitz kommt (D. 44, 2, 17 und 18), so kann aus dem früheren Prozesse keine exceptio r. i. gegen den späteren, auf einen anderen als den früheren oder auf einen neuen Erwerbsgrund gestützten Prozeß hergeleitet werden[3]).

---

[3]) Bezüglich der Frage, in welchem Umfange res iudicata „pro veritate accipitur" (D. 1, 5, 25), „ius facit", herrschte im Gemeinen Recht ein berühmter Streit. Es war nämlich streitig, ob bloß die Entscheidung über den Klageantrag an der Rechtskraft teilnähme oder auch die Entscheidungen in Rechtskraft übergingen, welche der Richter mittelbar („inzidenter") treffen muß, um zu einer Entscheidung über den Klageantrag zu gelangen. Klagt zB. A gegen B auf Zahlung von Zinsen für ein ihm angeblich gewährtes zinsbares Darlehen, und bestreitet B den Empfang des Darlehns, so muß der Richter, um zur Entscheidung über den allein im Prozesse befangenen Zinsanspruch zu gelangen, feststellen, ob A dem B wirklich ein zinsbares Darlehen gegeben hat. Streitig war nun, ob nur die Entscheidung über die Zinsen oder auch diese Vorentscheidung über die Hingabe des Kapitals in Rechtskraft übergehe, ob also A, wenn er in dem ersten Prozesse gesiegt hätte, nunmehr nach Fälligkeit des Darlehns dieses mit einer actio iudicati einklagen könnte, ohne daß B noch weiter behaupten könnte, er habe das Darlehen nicht empfangen; und umgekehrt, ob B, wenn A trotz Abweisung des ersten Prozesses (infolge der Feststellung, daß er dem B ein Darlehen nicht gegeben habe) auf Rückzahlung des Darlehns klagen würde, sich einfach auf das erste Urteil berufen könnte, in welchem bereits die Nichthingabe festgestellt sei.

Savigny vertrat die Ansicht, daß auch die „Urteilselemente", die „objektiven Entscheidungsgründe", nicht nur die Entscheidung über den Klageantrag an der Rechtskraft teilnähmen. Ihm folgte die neuere gemeinrechtliche Praxis. Dagegen bestimmt CPO. § 322 Abs. 1: „Urteile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist." Die Vorentscheidungen, die „Urteilselemente", nehmen daher an der Rechtskraft nur dann teil, wenn sie im Laufe des Rechtsstreits zum Gegenstand einer Klage oder Widerklage gemacht sind. Auch die Entscheidung über Einreden nimmt an der Rechtskraft grundsätzlich nur teil, wenn sie in die Form einer Widerklage gekleidet sind. Nur bezüglich der Aufrechnungseinrede ist nach CPO. § 322 Abs. 2 die — wenn auch nur „inzidenter" getroffene — Entscheidung, daß die Gegenforderung nicht besteht, bis zur Höhe des Betrags, für welchen die Aufrechnung geltend gemacht worden ist, der Rechtskraft fähig.

b. Subjektive Identität (eaedem personae).

Der Grundsatz, daß das rechtskräftige Urteil nur unter den Parteien wirkt, nur „ius facit inter partes", ist im rR. in einzelnen Fällen durchbrochen worden.

1) Das Urteil wirkt für und gegen die Universalnachfolger (Erben) sowie die nach der Rechtshängigkeit (wenn auch noch vor dem Urteil, D. 44, 2, 11, 10) eingetretenen Sondernachfolger einer Partei (D. 44, 2, 28).

2) Das seitens des Miteigentümers eines zu einer Grundgerechtigkeit berechtigten Grundstücks erstrittene Urteil wirkt zu Gunsten der übrigen Miteigentümer (nach manchen auch gegen sie; D. 8, 5, 4, 3).

3) Nach der herrschenden Meinung kann sich jeder Korrealschuldner auf das von einem anderen Korrealschuldner erstrittene freisprechende Urteil berufen (vom BGB. §§ 425, 429 ausdrücklich abgelehnt).

4) Nachlaßgläubiger und Vermächtnisnehmer können sich darauf berufen, daß das Erbrecht des von ihnen in Anspruch genommenen Erben in dessen Prozesse gegenüber einem anderen Erbschaftsprätendenten rechtskräftig festgestellt ist (D. 30, 50, 1); insbesondere gilt das zwischen dem Intestat- und dem Testamentserben ergangene Urteil über die Rechtsbeständigkeit des Testaments auch für und gegen Legatare und Erbschaftsgläubiger.

5) Das in Statusprozessen ergehende Urteil wirkt — außer wenn es gegen einen contumax ergangen ist — für und gegen alle, so insbesondere das im Prozeß eines Kindes mit dem angeblichen Erzeuger gefällte Urteil über Ehelichkeit oder Unehelichkeit, das zwischen Eheleuten ergehende Urteil über die Rechtsbeständigkeit ihrer Ehe, das zwischen einer Person und dem das Patronat Beanspruchenden ergehende Urteil über die Stellung jener Person als eines Freien oder eines Freigelassenen (D. 1, 5, 25). Vorausgesetzt ist hierbei jedoch, daß bei dem Prozesse der Hauptbeteiligte („iustus contradictor", Vater, Ehemann, Patron, D. 40, 16, 3) Partei war[4]).

[4]) Auch nach Reichsrecht wirkt das Urteil zuweilen über die Prozeßparteien hinaus und zwar teils nur für und gegen bestimmte

6) Die Zustimmung zur Prozeßführung durch andere bindet auch den Zustimmenden an das ergangene Urteil (D. 42, 1, 63).

2. Positive Wirkungen des rechtskräftigen Urteils.

α. In seltenen Fällen (Teilungs-, Personenstandsklagen) werden durch das Urteil Rechte begründet (konstitutive Wirkung des Urteils). In der Regel hat das Urteil jedoch nur die Bedeutung, den vorhandenen Rechtszustand klarzustellen (deklaratorische Wirkung des Urteils), in der Art, daß der Inhalt des Urteils für die Rechtsverhältnisse der Parteien dauernd maßgebend bleibt.

β. Lautet das Erkenntnis auf Verurteilung des Beklagten zu einer Leistung, so entsteht dadurch für den Kläger ein unantastbares[5]) Recht, Befriedigung seines Anspruchs zu verlangen und dieselbe, falls der Beklagte sie nicht leistet, im Wege der Zwangsvollstreckung herbeizuführen[6]).

---

dritte (CPO. §§ 325–327: für und gegen Rechtsnachfolger, Nacherben und Erben, sofern ein Testamentsvollstrecker Partei war; BGB. § 1380: für und gegen die Ehefrau, sofern der Ehemann über eingebrachtes Gut prozessiert; vgl. noch HGB. §§ 129, 273 und KO. § 147); teils für und gegen alle (CPO. §§ 629, 643: Urteile in Ehe- und Personenstandssachen).

[5]) Nach rR. waren Vergleiche gegen rechtskräftige Urteile unzulässig (D. 2, 15, 7, pr. und 11); man half sich so, daß man die Urteilsschuld durch Acceptilation (unten § 82 a) aufhob und dann den Vergleich schloß. Nach Gemeinem Recht war die Zulässigkeit von Vergleichen gegen rechtskräftige Urteile bestritten; man leugnete sie hauptsächlich deshalb, weil keine Ungewißheit vorliege, ohne solche aber ein Vergleich undenkbar sei. Nach BGB. § 779 ist ein Vergleich auch gegen ein rechtskräftiges Urteil möglich. Denn nach Abs. 2 steht es der Ungewißheit über ein Rechtsverhältnis gleich, wenn die Verwirklichung des Anspruchs unsicher ist. Das kann auch gegenüber rechtskräftigen Urteilen der Fall sein.

[6]) Der aus dem Urteil entstehende Anspruch (actio iudicati) beruhte nach vorjustinianischer, den Prozeßbeginn als Novation (novatio necessaria) betrachtender Auffassung (S. 405) lediglich auf dem Urteile, nicht auf dem ursprünglichen, durch die Klage geltend

Ist der Gegenstand des Prozesses lediglich die Feststellung eines Rechtsverhältnisses (S. 379[8]) gewesen, so gilt mit der formellen Rechtskraft des Urteils das Rechtsverhältnis als endgültig festgestellt. Eine weitere Vollstreckung ist nicht möglich. Bei Leistungsklagen auf Abgabe einer Willenserklärung gilt diese mit der Rechtskraft des Urteils als abgegeben. Bei Urteilen, durch welche dem Beklagten ein Unterlassen (non facere) auferlegt wird (zB. Nicht-

---

gemachten Rechte. Daher war der Urteilsanspruch vererblich und unterlag der 30jährigen Verjährung, selbst wenn der ursprüngliche Anspruch unvererblich war und einer kürzeren Verjährung unterlag (S. 418). Andererseits waren gegen die actio iudicati keine Einreden aus dem ursprünglichen Anspruche mehr zulässig. Nur in einzelnen Beziehungen setzten sich selbst nach dem auf dem Novationsstandpunkte stehenden vorjustinianischen Rechte die Eigentümlichkeiten des früheren Anspruchs auf den Urteilsanspruch fort. War nämlich der ursprüngliche Anspruch durch Pfand, Bürgschaft oder ein Vorzugsrecht im Konkurse gesichert, so blieben diese Rechte auch für den Urteilsanspruch bestehen. Ferner konnten gewisse „privilegierte" Einreden: die exceptiones SC. Velleiani und Macedoniani, sowie das beneficium competentiae auch dem Urteilsanspruch entgegengestellt werden. Außer den erwähnten privilegierten konnten auch diejenigen Einwendungen gegen das Urteil geltend gemacht werden, welche erst nach dem Urteil entstanden waren (Zahlung, Vergleich, Aufrechnung), oder bezüglich derer in integrum restitutio erlangt wurde, oder welche sich auf eine angebliche Nichtigkeit des Urteils stützten. Erhob der Verurteilte gegen die vom Kläger persönlich oder durch Anrufen des Magistrats (imploratio officii iudicis) herbeigeführte Vollstreckung eine der bezeichneten Einreden, so kam es auf die actio iudicati hin zu einem neuen iudicium (über die Zulässigkeit der Vollstreckung des ersten Urteils), bei welchem der Beklagte, wenn er der Vollstreckung grundlos widersprochen hat, in duplum verurteilt wurde. Diese poena dupli adversus infitiantem ist in das Gemeine Recht nicht aufgenommen worden.

Nach der CPO. erfolgt die Vollstreckung der Urteile und der sonstigen „Vollstreckungstitel" (CPO. § 794) auf Grund einer vollstreckbaren, d. h. vom Gerichtsschreiber oder Notar mit einer Vollstreckungsklausel (§ 725) versehenen, Ausfertigung (§§ 724, 797). Eines neuen gerichtlichen Verfahrens auf Vollstreckbarkeitserklärung eines Urteils durch ein Vollstreckungsurteil bedarf es nur für ausländische Urteile und für Schiedssprüche (§§ 722, 1042). Über die Behandlung der Einwendungen des Schuldners gegen den durch das Urteil festgestellten Anspruch vgl. §§ 767 ff.

betreten eines Grundstücks), kann von einer Vollstreckung erst die Rede sein (ist erst ein Zwang möglich), wenn der Beklagte eine dem Urteile zuwiderlaufende Handlung vornimmt. Geht das Urteil dagegen auf eine positive Leistung (facere oder dare), so ist eine Vollstreckung an sich sofort möglich[7]).

γ. Die durch das Urteil festgestellten Ansprüche unterliegen von der Urteilskraft an der dreißigjährigen Verjährung, auch wenn sie bisher in kürzerer Zeit verjährten (S. 365).

---

[7]) Aus Billigkeitsgründen wurde dem Schuldner jedoch nach den 12 Tafeln eine Zahlungsfrist von 30 Tagen (triginta dies iusti sunto) gewährt, welche später auf 2, durch Justinian auf 4 Monate ausgedehnt wurde. Während dieses tempus iudicati ruhte die bisherige Zinspflicht, dagegen waren nach Ablauf der Frist jährlich 12 Prozent der Urteilssumme als „Urteilszinsen" zu zahlen (C. 7, 54, 3).

In der gemeinrechtlichen Praxis wurden diese Bestimmungen über die Zinsen nicht angewendet. An die Stelle der gesetzlichen Zahlungsfristen traten vom Richter nach freiem Ermessen zu bestimmende Fristen, welche entweder gleich in dem Urteil oder in späteren besonderen Zahlungsbefehlen (in den Reichsgesetzen executoriales genannt) angeordnet wurden. Diese Fristen hießen Paritionsfristen.

Durch § 14[4] EGCPO. sind die Vorschriften über die richterlichen Zahlungsfristen (und Moratorien) beseitigt. Ist ein vollstreckbarer Titel vorhanden, so kann auf Grund desselben sofort, und ohne daß es einer vorgängigen Aufforderung bedarf, die Vollstreckung vorgenommen werden, es sei denn, daß das Urteil selbst ergibt (zB. bei Alimentenverpflichtungen), daß die Vollstreckung erst von einem bestimmten Zeitpunkt an zulässig ist (CPO. § 751). Die für erforderlich erklärte Zustellung (§ 750) sollte das Exekutionsmandat eben ersetzen. Ausnahmen enthalten die §§ 721, 798.

Organe der Zwangsvollstreckung sind teils besondere — gleichzeitig zur Bewirkung der Zustellungen geschaffene — Beamte, die Gerichtsvollzieher (§ 753, für die Mobiliarzwangsvollstreckung), teils die Gerichte und unter diesen teils das Amtsgericht, in dessen Bezirk die Zwangsvollstreckung stattfinden soll, als sog. Vollstreckungsgericht (§ 764, so für die Zwangsvollstreckung in Forderungen, § 828, und in das unbewegliche Vermögen, ZwVG. § 1, für das Verteilungs- und Offenbarungsverfahren, §§ 873, 899), teils das Prozeßgericht (für die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Duldungen und Unterlassungen, §§ 887, 890).

Siebenter Abschnitt. Sicherheitsleistung (BGB. §§ 232—240).

§ 65. Die Sicherung der Rechte.

Der Staat begnügt sich nicht damit, dem Berechtigten einen geordneten Weg zur Wiederherstellung seiner verletzten Rechte zu eröffnen, sondern er gewährt ihm auch die Mittel, seine Rechte vorbeugend gegen Verletzungen zu sichern. Aus dem rR.[1]) kommen vornehmlich die folgenden Rechtsbehelfe in Betracht.

---

[1]) Sicherungsmittel des modernen Rechts sind u. a.:

a. Prozessualer Natur:

1. Die Feststellungsklagen (CPO. §§ 256—259, 280, S. 379*).

2. Die Arreste und einstweiligen Verfügungen (CPO. §§ 916 ff.).

b. Materieller Natur:

1. Die behördliche Mitwirkung bei Vornahme von Rechtsgeschäften (freiwillige Gerichtsbarkeit, S. 24), insbesondere die Einrichtung öffentlicher Bücher zur Beurteilung wichtiger Rechtsvorgänge (zB. Grundbücher, Handels-, Standes-, Güterrechtsregister).

2. Die Protestationen, S. 303, und der Protest, besonders im Wechselverkehr (WO. Art. 20, 25, 29, 41, 62).

3. Im Grundbuchverkehr: die Vormerkungen zur Sicherung eines Rechts auf Eintragung oder Löschung (protestationes pro conservando iure et loco, BGB. § 883), die Sperrvermerke zur Verhinderung der Verfügung durch einen Eingetragenen (protestationes pro conservandis exceptionibus, zB. ZwVG. §§ 19, 145, KO. § 113) und der Widerspruch gegen den mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklang befindlichen Grundbuchinhalt (§§ 894, 899).

a. Praetoriae stipulationes oder cautiones sind in Stipulationsform eingekleidete Versprechen, deren Leistung der Magistrat kraft seines imperium der einen Partei zu Gunsten der anderen in bestimmten, im Edikt aufgeführten Fällen auferlegt[3]). Sie sind daher necessariae im Gegensatze zu den aus freier Übereinkunft hervorgegangenen stipulationes conventionales (D. 2, 8, 7, 1). Ulpian (D. 46, 5, 1) scheidet sie[5]) in:

---

4. Die auch schon dem rR. bekannte Inventarisation, d. h. Anfertigung eines Vermögensverzeichnisses, das unter Umständen durch einen Offenbarungseid als richtig beschworen werden muß (zB. BGB. §§ 1802, 1993 ff., 2006, KO. § 124).

5. Die Rechnungslegung, d. h. der Nachweis des Bestands eines Vermögens zu einem gewissen Zeitpunkt unter Vergleichung mit einem früheren Zeitpunkt und unter Aufklärung der sich hierbei ergebenden Differenzen (BGB. §§ 259, 1667, 1840, 2218). Zuweilen genügt die bloße Einreichung einer Vermögensübersicht (zB. BGB. § 1854).

c. Sicherungsmittel gemischter Natur, die sowohl im Prozeß als außerhalb eines solchen vorkommen, sind zB.:

1. Die Hinterlegung einer Sache bei einem Dritten (Sequestration), so zB. im Prozesse zwecks Abwendung der Zwangsvollstreckung (CPO. §§ 713, 720, 923), außerhalb eines Prozesses, um die Sache gegen unberechtigte Eingriffe zu schützen (zB. BGB. §§ 1052, 1392, 1808, 1814).

2. Die Sicherheitsleistung, so zB. im Prozesse zwecks Ermöglichung oder zur Abwendung der Zwangsvollstreckung (CPO. §§ 707, 710, 713), außerhalb des Prozesses zwecks Schutzes einer fremden Sache gegen Mißbrauch (BGB. §§ 1039 ff., 1391, 1668, 1844; vgl. zB. ferner §§ 52, 257, 273, 562, 867).

[3]) Auch hierin zeigte sich wie bei der gesetzlichen (S. 277) und rechtsgeschäftlichen (S. 337) Vertretung und bei der Anschauung von der Vertragsnatur des Prozesses (S. 404[1]), der dem rR. eigentümliche Grundsatz, daß jeder seine Rechte und Pflichten durch seinen Willen selbst schaffen müsse. Während heute der zur Bestellung einer Sicherheit Verpflichtete vom Richter hierzu verurteilt wird, schlug das rR. den Umweg ein, daß der Prätor den Verpflichteten durch Strafen zwang, sich durch Vertrag zu der Sicherstellung zu verpflichten.

[5]) Anders ist die Einteilung des Pomponius in D. 45, 1, 5, pr., übergegangen in I. 3, 18 (De divisione stipulationum). Er unterscheidet stipulationes praetoriae (vom Magistrat), iudiciales (vom iudex), communes (vom Magistrat oder vom iudex auferlegte Sicherstellungen).

1. stipulationes iudiciales, welche einem Prozesse seinen Fortgang und Erfolg sichern sollen (Prozeßkautionen), zB. die cautio iudicatum solvi, die cautio pro expensis;

2. stipulationes cautionales, welche einer Partei ein Klagerecht erst verschaffen sollen: quae actionis instar habent, zB. die cautio damni infecti für den durch die fehlerhafte Beschaffenheit eines Nachbargrundstücks Bedrohten (unten § 121 b 2). Diese Stipulationen dienen sonach zur Ergänzung des Aktionensystems (S. 380);

3. stipulationes communes, welche beide Zwecke vereinigen, wie die vadimonia im Prozesse, bei welchen der Beklagte, welcher der in ius vocatio nicht sogleich folgen will, durch Bürgen (vades) für sein Erscheinen im Termine (iudicio sisti) Sicherheit leistet und zugleich für den Fall seines Ausbleibens eine Geldsumme verspricht.

Die Bestellung der Sicherheit erfolgt regelmäßig durch Bürgen (satisdatio, cautio fideiussoria, D. 46, 5, 1, 5), und nur im Notfalle durch Pfänder (cautio pignoraticia). In seltenen Fällen (so seitens des Fiskus und der Stadtgemeinden, D. 36, 3, 1, 18 und 6, 1: „fiscus semper solvendo est") genügt einfaches Versprechen in Stipulationsform (nuda promissio, heute Verbalkaution genannt, im Gegensatz zu der Realkaution durch Bürgen oder Pfänder).[4]) Grundbesitzer (D. 2, 8, 15) und

---

[4]) Die Art der Bestellung einer Sicherheit wird heute für das materielle Recht durch die §§ 232 ff. BGB., für das Prozeßrecht durch § 108 CPO. bestimmt. Prozessuale Sicherheiten werden nach CPO. § 108 regelmäßig durch Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren, materiellrechtlich daneben auch durch Verpfändung von Gegenständen bestellt und nur im Notfall durch Stellung tauglicher Bürgen, während nach rR. die Sicherheitsleistung durch Bürgen, die satisdatio wegen der geringen Sicherheit, welche wegen Zulassung der Generalhypotheken ein Pfandrecht gewährte — unten § 140[1] —, die bevorzugte Form der Sicherheitsbestellung war.

Nicht mehr als Sicherheitbestellung bezeichnet man heute die Erleichterung der Beitreibung einer Forderung durch einen (abstrakten) Anerkennungsvertrag oder durch Wechselhingabe, während in Rom die Tatsache, daß ein derartiger, in die Form der Stipulation gekleideter, abstrakter Vertrag die Forderung sicherte, in der Bezeichnung der

illustres (C. 12, 1, 17) brauchen bloß durch eidliches Versprechen (cautio iuratoria) Sicherheit zu leisten, ebenso Personen, die eine satisdatio nicht zu gewähren vermögen. Handelt es sich um Sicherstellung einer beweglichen Sache, so kann die Hinterlegung bei einem Dritten (sequestratio) angeordnet werden (D. 2, 8, 7, 2).[5])

b. Missio in possessionem (D. 42, 4: Quibus ex causis in possessionem eatur)

ist eine obrigkeitliche Verfügung, durch welche jemand auf seinen Antrag ermächtigt wird, bestimmte Sachen (missio in rem) oder ein ganzes Vermögen (missio in bona) in Besitz zu nehmen. Der Zweck der Besitzeinweisung ist, dem Eingewiesenen eine Sicherheit für die Erfüllung eines ihm zustehenden Anspruchs zu verschaffen. Hierher gehört:

1. die missio damni infecti nomine ex primo decreto, wegen verweigerter cautio damni infecti (unten § 121 b 2);

2. die missio ventris nomine der Mutter eines noch ungeborenen Erben (postumus, S. 201);

3. die missio legatorum servandorum causa (D. 36, 4, 5, pr.) in den Nachlaß für den kautionsberechtigten Legatar, dem die Sicherheit für gehörige spätere Erfüllung eines bedingten oder befristeten Vermächtnisses verweigert wird, sowie die missio Antoniniana in das eigene Vermögen des Erben (D. 36, 4, 5, 16) zu Gunsten eines Legatars, welchem der Belastete trotz gerichtlicher Aufforderung die Auszahlung eines fälligen Legats seit 6 Monaten verweigert;

4. die missio in bona rei servandae causa im Konkurse.

Stipulation und später auch der darüber errichteten Urkunde als „cautio" ihren Ausdruck fand.

[5]) Mit dieser Hinterlegung zwecks Sicherstellung (Sequestration) ist die Hinterlegung zwecks Erfüllung (Depositon, BGB. §§ 372 ff., unten § 80) und die Hinterlegung auf Grund eines Verwahrungsvertrags (Depositum, BGB. §§ 688 ff., unten § 102) nicht zu verwechseln.

In diesen vier Fällen erhalten die Eingewiesenen nur die Innehabung (custodia) des ihnen überwiesenen Vermögens. Gegen drohende Störungen sind sie durch ein prohibitorisches interdictum ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit (D. 43, 4), gegen begangene durch Gewährung einer actio in factum auf Schadensersatz geschützt. Ihre Rechte an den überwiesenen Gegenständen sind nach den einzelnen Fällen verschieden. Das Eigentum verbleibt aber in allen Fällen zunächst dem bisherigen Eigentümer. Zuweilen erfolgt dagegen eine weitere Einweisung zum Zwecke der Übereignung, zB. bei der missio damni infecti ex secundo decreto (unten § 121 b 2).[6])

c. In integrum restitutio (D. 4, 1).

Gleich den praetoriae stipulationes und den missiones ist die in integrum restitutio ein auf dem imperium eines Magistrats beruhender Rechtsbehelf, durch den eine Partei vor einem ungerechtfertigten Vermögensverluste bewahrt werden soll. Während es sich jedoch bei den beiden anderen Rechtsbehelfen um die Abwendung eines drohenden Rechtsverlusts handelt, bezweckt die i. i. r. („Wiedereinsetzung in den vorigen Stand") die Wiederbeseitigung einer schon eingetretenen, durch das ius strictum herbeigeführten, der aequitas aber widersprechenden Vermögensverschiebung[7]).

1. Voraussetzungen der in integrum restitutio sind:

α. Laesio, d. h. ein rechtlicher Nachteil, gegen welchen die ordentlichen Rechtsmittel keine Abhülfe gewähren. Der Nachteil muß jedoch ein erheblicher sein (minima non curat praetor, vgl. D. 4, 1, 4), und die Wieder-

---

[6]) Die meisten dieser Fälle berechtigen heute nur zu einer Sicherung (vgl. aber zB. BGB. § 1963) oder bilden die Grundlage eines Verfahrens auf Erlaß eines Arrestbefehls oder einer einstweiligen Verfügung.

[7]) D. 4, 1, 7, pr.: Etsi nihil facile mutandum est ex sollemnibus, tamen ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est.

einsetzung ist überhaupt versagt: 1) gegen den Schaden, den man sich durch Arglist (dolus) zugezogen hat (D. 4, 6, 26, 6); 2) gegen den Verlust von actiones poenales; 3) gegenüber der 30jährigen und längeren Verjährung; 4) den Abkömmlingen gegenüber ihren Vorfahren (C. 2, 41, 2).

β. Eine iusta causa restitutionis. Restitutionsgründe sind:

a. Minderjährigkeit. D. 4, 4, 1, 1. Praetor edicit: Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam (S. 279). Die hiernach zulässige Restitution Minderjähriger gegen Rechtshandlungen oder Unterlassungen findet jedoch nach späterem Rechte nicht statt, wenn der Minderjährige: 1) sich für volljährig ausgegeben hat (malitia supplet aetatem); 2) die Volljährigkeitserklärung (venia aetatis, S. 281) erlangt hat; 3) das Geschäft eidlich bestärkt hat[8]); 4) mit einem anderen Minderjährigen kontrahiert hat, sofern dieser durch die Restitution Schaden erleiden würde (in pari causa possessor potior haberi debet, D. 50, 17, 128). Die Restitution ist nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Vormund zu dem Geschäfte seine Genehmigung erteilt oder selbständig das Geschäft vorgenommen hat. In der Kaiserzeit werden die Gemeinden (durch das kanonische Recht die Kirchen, durch die Praxis alle juristischen Personen) den Minderjährigen hinsichtlich der Restitution gleichgestellt.

---

[8]) Nach der von Alexander Severus herrührenden l. 1 C. 2, 27 macht der Eid die Rechtsgeschäfte Minderjähriger, sofern sie bereits geschlechtsreif (puberes, 14, Mädchen 12 Jahre alt) sind, gültig. Die Glossatoren stritten darüber, ob durch eidliche Bestärkung nur gültige, aber der Anfechtung durch i. i. r. ausgesetzte Rechtsgeschäfte der puberes unanfechtbar würden (Bulgarus), oder ob sich das erwähnte Gesetz auch auf nichtige Geschäfte (z.B. Grundstücksveräußerungen) der puberes bezöge (Martinus). Durch ein Gesetz Friedrichs I., welches als Authentica „Sacramenta puberum" der erwähnten Codexstelle zugeschrieben wurde (S. 146[1]), wurden alle Geschäfte der puberes, mit Ausnahme der erzwungenen, im Fall eidlicher Bestärkung für unanfechtbar erklärt.

b. Capitis diminutio minima (S. 222) zieht den Untergang der Schulden nach sich. Der Prätor giebt den Gläubigern jedoch die Klagen, welche ihnen bisher zugestanden hatten, als actiones ficticiae (perinde quasi id factum non sit, D. 4, 5, 2, 1); vgl. S. 383.

c. Metus, dolus und error probabilis (entschuldbarer Irrtum, also in der Regel nur error facti, S. 293). Die Restitution wegen Zwanges bleibt seit Einführung der actio quod metus causa (S. 302) nur in einzelnen Fällen (erzwungener Erbschaftsantritt, D. 4, 2, 21, 5) praktisch. Ebenso wird die Restitution wegen Arglist durch die vom Prätor Aquilius Gallus 66 v. Chr. eingeführte actio doli in der Regel entbehrlich (S. 299).

d. Absentia des Restitutionssuchers oder seines Gegners ist eine iusta causa restitutionis in bestimmten, im Edikte verzeichneten Fällen (Abwesenheit in Staatsgeschäften oder infolge von Freiheitsentziehung). Aber auch darüber hinaus gewährt der Prätor in allen Fällen entschuldbarer Hinderung die Wiedereinsetzung auf Grund einer clausula generalis: „item si qua alia causa mihi iusta esse videbitur, in integrum restituam“ [9]).

2. Das Verfahren geht extra ordinem im Wege der praetoria cognitio, also ohne Trennung in ius und iudicium vor sich. Die Restitution erfolgt nach Sachuntersuchung (causā cognitā); nur wegen capitis diminutio minima wird ohne weiteres restituiert. Handelt es sich um restitutio in integrum gegen den Verlust von actiones, so findet ein doppeltes Verfahren statt, zunächst das Resti-

[9]) Im Gem. R. war die Wiedereinsetzung wegen capitis diminutio minima fortgefallen, da diese die Vernichtung der Schulden nicht mehr nach sich zog (S. 223). Die übrigen Restitutionsgründe waren bis zum Inkrafttreten des BGB. noch anwendbar, sofern sie nicht partikularrechtlich beseitigt waren (wie durch PrG. vom 12. Juli 1875 „betreffend die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger und die Aufhebung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Minderjährigkeit“). Das BGB. hat diesen Rechtsbehelf nicht aufgenommen. Dagegen kennt das Reichsprozeßrecht die Wiedereinsetzung gegen versäumte Prozeßhandlungen (CPO. §§ 233 ff., FrG. § 22, StPO. §§ 44 ff.).

tutionsverfahren (heute iudicium rescindens genannt), welches mit der Wiederherstellung des verlorenen Klagerechts durch Dekret des Prätors endet, und daran anschließend das iudicium rescissorium, in welchem der wiederhergestellte Anspruch (actio rescissoria s. restitutoria) geltend gemacht wird. Ist zB. ein Darlehnsanspruch durch Verjährung verloren, so beseitigt das iudicium rescindens, sofern eine iusta causa vorliegt, zunächst die Einrede der Verjährung. Alsdann wird im ordentlichen Verfahren mit der wiederhergestellten condictio mutui geklagt.

Die Wiedereinsetzung mußte ursprünglich binnen der Frist von einem Jahr (annus utilis) nachgesucht werden. Justinian bestimmt, daß die Wiedereinsetzung binnen eines quadriennium continuum seit Fortfall des Wiedereinsetzungsgrundes (bei Gemeinden seit der Verletzung) beantragt und durchgeführt sein muß. Gegen den Ablauf dieser Frist ist jedoch, iusta causa vorausgesetzt, wieder Restitution zulässig.

Wiedereinsetzungskläger ist der Verletzte oder sein Rechtsnachfolger; Beklagter ist in der Regel der Gegenkontrahent (restitutio in personam), zuweilen (D. 4, 4, 13, 1) auch der Rechtsnachfolger des letzteren (restitutio in rem).

Zweites Buch.

Recht der Schuldverhältnisse.

Erster Abschnitt. Inhalt der Schuldverhältnisse (BGB. §§ 241—304).[1])

§ 66. Begriff und Entstehung der Schuldverhältnisse.

a. Begriff des Schuldverhältnisses.

Schuldverhältnis, obligatio[2]) ist eine rechtlich geordnete Beziehung (also ein Rechtsverhältnis, S. 34)

[1]) Das BGB. behandelt das Recht der Schuldverhältnisse, welches das Werden des Rechts durch den wirtschaftlichen Verkehr ordnet, vor dem Sachenrecht, welches das Gewordene, die dauernde Rechtslage des Einzelnen, behandelt. In den bisherigen systematischen Darstellungen wurde das Sachenrecht regelmäßig vor dem Obligationenrecht behandelt. Von den 7 Abschnitten des II. Buches enthalten die ersten 6 den bisher sog. „Allgemeinen Teil des Obligationenrechts", nämlich diejenigen Lehren, welche auf alle oder wenigstens auf mehrere Arten der Schuldverhältnisse anwendbar sind, während der 7. Abschnit die einzelnen Schuldverhältnisse, den bisher sog. besonderen Teil des Obligationenrechts enthält.

[2]) Gleich dem Ausdruck actio (S. 380[2]) wird auch das Wort obligatio in den Quellen für ganz verschiedenartige Begriffe verwendet. Es bedeutet:

a. das Schuldverhältnis, vgl. die S. 429 f. wiedergegebenen Stellen;

b. jede der beiden Seiten dieses Verhältnisses, also sowohl das Recht des Gläubigers (in seiner gerichtlichen Betätigung Anspruch,

zwischen mehreren Personen, kraft deren die eine berechtigt ist, von der anderen eine Leistung zu fordern. Nach dieser Begriffsbestimmung (BGB. § 241) sind **Begriffsmerkmale des Schuldverhältnisses:**

1. Eine Beziehung **mehrerer Personen** zu einander, nämlich (mindestens, unten § 86) eines **Gläubigers** (creditor, D. 50, 16, 10—12) zu einem **Schuldner** (debitor).[3]) Niemand kann daher sein eigener Gläubiger oder Schuldner sein; beerbt also zB. der Schuldner den Gläubiger oder umgekehrt, so fällt das Schuldverhältnis in sich zusammen (confusio).[4])

2. Eine **rechtlich geordnete** Beziehung zwischen mehreren Personen. Kein Schuldverhältnis wird durch Beziehungen bloß gesellschaftlicher oder sittlicher Natur begründet, also zB. nicht durch die Aufforderung einer Dame

---

actio, als Vermögensteil nomen genannt), als auch die Verpflichtung des Schuldners (Schuld, aes alienum); vgl. D. 45, 1, 126, 2 und andererseits D. 12, 1, 36;

c. den Entstehungsgrund des Schuldverhältnisses (zB. in der Verbindung verborum oder litterarum obligatio, unten § 73);

d. den Vorgang der Begründung des Schuldverhältnisses, vgl. zB. D. 27, 3, 1, 21;

e. die Schuldurkunde (cautio, chirographum, instrumentum).

Pignoris obligatio bezeichnet in ähnlicher Weise die Verpfändung und das hierdurch entstehende Verhältnis (unten § 140 a 1).

[3]) Der Ausdruck reus bezeichnet im rR. anfänglich sowohl den Gläubiger (reus stipulandi, D. 45, 2, 1) als auch den Schuldner (reus promittendi), später nur diesen, insbesondere sofern er schon verklagt ist, also reus = Beklagter (S. 378).

[4]) Ausnahmen finden sich im modernen Recht bei solchen Schuldverhältnissen, die in einer Urkunde eine Verkörperung erhalten haben, so im Grundbuchrecht (Eigentümerhypothek, unten § 143[6]) und bei den Order- und Inhaberpapieren, die an den Aussteller zurückgelangen können, ohne daß das Schuldverhältnis untergeht (vgl. WO. Art. 6, 10 und unten § 111).

Mit der begrifflichen Notwendigkeit des Vorhandenseins mindestens zweier Beteiligter nicht zu verwechseln ist die Frage, ob zur **Begründung** eines Schuldverhältnisses Gläubiger und Schuldner **zusammenwirken** müssen (obligatorischer Vertrag) oder ob ein Schuldverhältnis durch die Handlung des Schuldners allein entstehen kann (Verpflichtungskraft einseitiger Erklärung, unten § 73 a).

zum Tanz, durch die Annahme einer Dinereinladung. Dagegen liegt ein Schuldverhältnis auch dann vor, wenn es nur gewisse, nicht alle Wirkungen eines Rechtsverhältnisses hervorbringt; daher sind auch die nicht durch Klage erzwingbaren sog. Naturalobligationen (unten § 72 b 2) Schuldverhältnisse.

3. Ein Rechtsverhältnis zwischen mehreren bestimmten Personen. Das Forderungsrecht richtet sich gegen einen von vornherein bestimmten Schuldner; es ist also ein persönliches und ein relatives Recht (S. 36). Das Sachenrecht stellt dagegen eine unmittelbare Beziehung einer Person nur zu einem Gegenstande her, richtet sich also einerseits nicht von vornherein gegen eine bestimmte Person, sondern erst mittelbar gegen denjenigen, der das Recht stört, andererseits aber auch gegen jeden, der dies tut; es ist also ein dingliches und ein absolutes Recht[5]).

4. Das Schuldverhältnis begründet ein Forderungsrecht und eine diesem entsprechende Leistungspflicht. Hierbei ist eine doppelte Auffassung möglich: entweder es wird mehr die persönliche oder mehr die gegenständliche Seite des Schuldverhältnisses betont. Es wird entweder darauf Wert gelegt, daß gerade ein bestimmter Schuldner einem bestimmten Gläubiger die Leistung macht, oder es wird mehr darauf gesehen, ob der durch das Schuldverhältnis bezweckte Güteraustausch verwirklicht wird, gleichgültig ob zwischen den ursprünglich Beteiligten des Schuldverhältnisses oder zwischen anderen. Die erstere Auffassung liegt dem römischen, die zweite dem modernen Rechte zu Grunde. Nach rR. war

[5]) D. 44, 7, 3, pr. (Paulus): Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum. Auch wenn das Forderungsrecht auf die Leistung einer in sich bestimmten Sache geht (ius ad rem), richtet es sich nach dem mit dem rR. übereinstimmenden BGB. nur gegen einen bestimmten Schuldner, nicht etwa dinglich gegen den Besitzer der fraglichen Sache. Eine stärkere Wirkung hatte das ius ad rem im ALR., indem es hier auch gegen den dritten Erwerber wirksam war, sofern dieser beim Erwerb das ius ad rem gekannt hatte (I, 10 § 25, I, 19, § 5).

das Schuldverhältnis ein iuris vinculum[6]), ein zwischen bestimmten Personen unlösbar geknüpftes Band. Daraus erklärt sich: die Unzulässigkeit der unmittelbaren Stellvertretung (S. 337), der Verträge zu Gunsten dritter (unten § 75), der Cession (unten § 83 a) und der Schuldübernahme (unten § 85 b), der Schuldverträge zwischen nicht von vornherein bestimmten Personen (Auslobung, unten § 99, Order- und Inhaberpapiere, unten § 111). In allen diesen Beziehungen steht das moderne Recht, wie gegebenen Orts darzulegen ist, auf gegensätzlichen Standpunkten.

b. Entstehung der Schuldverhältnisse.

Die Römer schieden ursprünglich die Schuldverhältnisse in solche, die aus klagbaren Verträgen (contractus, unten § 73 b), also besonders den den Güterverkehr vermittelnden Geschäften, und solche, die aus schuldhaften, mit Privatstrafe belegbaren Handlungen (delicta) entstehen[7]). Diese Einteilung war jedoch nicht erschöpfend, und schon Gajus ergänzte sie (D. 44, 7, 1, pr.) dahin: Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris und schied (D. 44, 7, 5) diese letztere Gattung wieder in obligationes quasi ex contractu und quasi ex delicto. I. 3, 13, 2 gibt dementsprechend eine Vierteilung der Schuldverhältnisse nach ihrem Entstehungsgrund an: „aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio“. Dem Begriffe der Quasikontrakte[8]) unter-

---

[6]) I. 3, 13, pr.: obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura.

[7]) G. 3, 88: Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa divisio in duas species diducitur; omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.

[8]) Vgl. I. 3, 27, pr.: Post genera contractuum enumerata dispiciamus etiam de his obligationibus, quae non proprie quidem ex contractu nasci intelleguntur, sed tamen, quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur.

stellte man Schuldverhältnisse, die, ohne aus Schuldverträgen herzurühren, eine rechtsähnliche (analoge) Anwendung der für diese maßgebenden Rechtssätze zu verlangen schienen. Unter die Quasidelikte[9]) rechnete man solche Tatbestände, die nicht eigentlich („non proprie") auf einer schuldhaften Handlung beruhen, dennoch aber gewisse Folgen gleich den eigentlichen Delikten nach sich ziehen[10]).

Zu den Quasikontrakten werden in I. 3, 27, 2 ff. gerechnet:

a. die nach Art eines Auftrags zu behandelnde negotiorum gestio;

b. die ebenfalls dem Mandat ähnliche Vormundschaft;

c. die der societas gleichgeachtete zufällige Gemeinschaft (communio incidens) unter Miterben und Miteigentümern;

d. das Verhältnis zwischen dem mit einem Vermächtnisse belasteten Erben nnd dem Legatar;

e. das darlehnsähnliche Verhältnis zwischen dem Empfänger einer Nichtschuld und dem Zahlenden.

Über die Auffassung der Litiskontestation als eines kontraktähnlichen Verhältnisses (iudicio contrahi) im vorjustinianischen Rechte vgl. oben S. 404.

[9]) Über die Quasidelikte vgl. unten § 114 c.

[10]) Diese auch das ältere Gemeine Recht beherrschende Einteilung war weder erschöpfend, da insbesondere manche der unmittelbar auf Gesetz beruhenden Schuldverhältnisse keiner der vier Gattungen unterstellt werden konnten, noch gerechtfertigt, da weder die Quasikontrakte noch die Quasidelikte einheitlichen Regeln unterworfen waren. Das BGB. hat daher diese Einteilung aufgegeben und unterscheidet:

a. Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften, die wieder Schuldverträge oder einseitige Rechtsgeschäfte sein können (unten §§ 73 ff.);

b. Schuldverhältnisse, die nicht auf Rechtsgeschäft beruhen, sondern entweder:

1. auf einem Eingriff in eine fremde Rechtssphäre, der wieder sein kann:

α. rechtswidrig (Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen, unten § 114), oder

β. nicht rechtswidrig zB. auf Grund einer negotiorum gestio (unten § 101) oder Vormundschaft; oder

2. unmittelbar auf Gesetz (Legalschulderhältnis, ex re actio venit, D. 44, 7, 46), zB.:

α. auf dem Haben eines Gegenstands: Pflicht zur Vorlegung (unten § 112) oder zur Herausgabe eines Gegenstands (Verhältnis des Besitzers, unten § 129, des Nießbrauchers, unten § 136a, des Pfandbesitzers, unten § 142 c, zum Eigentümer),

§ 67. Der Gegenstand der Schuldverhältnisse.

a. Allgemeines.

Bei der Frage nach dem Gegenstand eines Schuldverhältnisses handelt es sich darum, was kraft des Schuldverhältnisses gefordert werden kann und geleistet werden muß, während die Frage nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses (unten § 68 ff.) dahin geht, wie (in welcher Art, zu welcher Zeit, an welchem Orte) diese Leistung zu bewirken ist.

In D. 44, 7, 3, pr. (S. 429[5]) bezeichnet Paulus als Gegenstand der Obligation ein dare, facere oder praestare. Dare bedeutete vorzugsweise das Verschaffen des (civilen, unten § 120 b 1) Eigentums oder einer Servitut nach ius civile, facere jede andere Tätigkeit, zB. auch Verschaffen des bonitarischen Eigentums oder des Besitzes. Die Bedeutung von praestare ist sehr streitig. Der Ausdruck wurde anfänglich besonders für Leistung von Diensten (zB. der operae des Freigelassenen, D. 38, 1, 37, pr. u. 38, pr., S. 210), später für Nebenleistungen (Zinsen, Interesse) verwendet[1]).

β. auf einem Ereignisse (Haftung für Zufall und fremde Schuld, unten § 70 b, für Tiere, unten § 114 c 5, beim Einsturze von Gebäuden, unten § 121 b 2),

γ. auf einem dauernden Rechtsverhältnisse (communio incidens, unten § 105, Unterhaltspflicht der Familienglieder, Erbengemeinschaft, s. u.);

δ. auf Richterspruch (im Teilungsverfahren, S. 416 und unten § 105 c).

[1]) Heute unterscheidet man Schuldverhältnisse auf ein Tun (positive Leistung) und auf ein Unterlassen (negative Leistung), was zB. bei der Verjährung (BGB. § 198, S. 363), bei der Frage der Teilbarkeit der Leistung (unten § 67 d) und bei der Zwangsvollstreckung (CPO. §§ 887, 888, 890) von Bedeutung ist.

Nach rR. konnte Gegenstand eines Schuldverhältnisses nur eine vermögenswerte Leistung sein (D. 40, 7, 9, 2: ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt). Dies Erfordernis wird vom modernen Recht nicht mehr aufgestellt; es genügt ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers. Bei bonae fidei contractus nahm auch schon das rR. einen etwas freieren Standpunkt ein (D. 17, 1, 54, pr.: placuit affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam; D. 18, 7, 7). Vgl. unten § 73 c 4.

Einer besonderen Behandlung bedürfen die Gegensätze: Spezies- und Genusschulden (b), einheitliche und Wahlobligationen (c), teilbare und unteilbare Schuldverhältnisse (d).

b. Species und genus.

1. Eine Sache kann in den Rechtsverkehr in doppelter Weise eintreten und demnach auch Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein: entweder als species, wenn die Sache individuell bestimmt ist (A kauft von B dessen Jagdhund Nero) oder als genus, wenn sie nur nach Merkmalen bestimmt ist, die sich bei einer größeren Zahl, einer ganzen „Gattung" von Sachen vorfinden (A bestellt beim Hundezüchter B einen deutschen Vorstehhund).[2])

2. Die rechtliche Bedeutung der Unterscheidung zeigt sich nach zwei Richtungen:

α. Bei der Speziesschuld ist der Leistungsgegenstand von vornherein genau bestimmt („individualisiert"), bei der Genusschuld wird er erst durch die Ausscheidung aus der Gattung bestimmt. Die Ausscheidung hat grundsätzlich der Schuldner vorzunehmen, der sich dabei nach rR. auch durch das schlechteste (fehlerfreie) Stück der Gattung befreit, D. 46, 3, 72, 5, während er nach BGB. § 243 Abs. 1 (vgl. HGB. § 360) eine Sache von mittlerer Art und Güte zu leisten hat. Mit der

[2]) Je zahlreicher die Merkmale sind, desto mehr verengert sich die Gattung und es kann schließlich fraglich werden, ob es sich überhaupt noch um eine Genusschuld oder um eine Speziesschuld mit Wahlrecht (S. 425) handelt (zB. A bestellt beim Pferdehändler B zum Preise von 1000 Mk.: ein Reitpferd, ein militärfrommes Reitpferd, eine von B gezüchtete und von ihm zugerittene vierjährige braune Stute), was bei der verschiedenen rechtlichen Behandlung der Genus- und der Wahlschulden (S. 425) von großer praktischer Bedeutung ist. Besonders streitig unter diesen sog. „gemischt-generischen Obligationen" war von jeher der Fall, daß der Leistungsgegenstand aus einer bestimmten Menge zu entnehmen ist (130 Liter eines Stücks Wein, ein Schaf aus einer bestimmten Herde, D. 18, 6, 5; 18, 1, 35, 7). Dies ist im rR. besonders für den Gefahrübergang beim Kauf von Bedeutung gewesen (unten § 87 b).

Ausscheidung wandelt sich die Genus- in eine Speziesschuld um[3]).

β. Bei einer Speziesschuld ist der Leistungsgegenstand von vornherein bestimmt, mit seinem Untergange wird die Erfüllung des Schuldverhältnisses also unmöglich (zB. der von mir gekaufte Jagdhund Nero stirbt vor der Übergabe). Es treten dann die unten § 70 zu erörternden Grundsätze von der nachfolgenden Unmöglichkeit ein, nach denen der Schuldner von der Verpflichtung zur Leistung frei wird, wenn die Unmöglichkeit auf einem vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstand, also in der Regel, wenn sie auf Zufall beruht (BGB. § 275). Bei Speziesschulden trägt daher der Gläubiger die Gefahr zufälligen Untergangs, oder, wie man kurz sagt, „die Gefahr" (periculum est creditoris); vgl. D. 45, 1, 33.

Bei der Gattungsschuld dagegen tritt eine Unmöglichkeit der Leistung erst dann ein, wenn die ganze Gattung untergegangen ist. Solange also die Leistung aus der Gattung überhaupt noch möglich ist, kann der Schuldner sich nicht darauf berufen, daß die von ihm zur Leistung etwa ins Auge gefaßten — aber noch nicht „ausgeschiedenen", s. o. — Gegenstände untergegangen sind (BGB. § 279). Dies pflegt man durch die (nicht klassische) Regel auszudrücken: Species perit ei cui debetur, genus perire non censetur[4]).

---

[3]) Gemeinrechtlich war streitig, ob diese Umwandlung mit ihren Folgen — insbesondere dem Gefahrübergang — schon durch die einheitliche Auswahl einer Sache seitens des Schuldners unter Anzeige an den Gläubiger (Thölsche Ausscheidungstheorie) oder erst durch die wirkliche Erfüllung sich vollzieht (Ihering'sche Erfüllungs- oder Lieferungstheorie; ähnlich BGB. § 243 Abs. 2: sobald der Schuldner das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan hat).

[4]) Für den Kauf hat nach rR. der Satz „species perit ei, cui debetur" nicht nur die Bedeutung, daß der Verkäufer einer Spezies bei deren zufälligem Untergange von der Leistung und vom Schadensersatz dafür befreit wird, sondern die weitere, daß der Verkäufer in diesem Falle auch den Kaufpreis erhält (periculum est emptoris, unten § 87 b). Für die übrigen synallagmatischen Verträge, insbesondere für die Miete, gilt dieser Satz dagegen nicht (peri-

3. Die wichtigsten Gattungsschulden sind die Geldschulden[5]). Bei den für den Geschäftsverkehr bedeutungsvollsten Schuldverhältnissen (Kauf, Miete, Darlehen, unerlaubte Handlungen) hat der Verpflichtete oder eine der Parteien nicht einen bestimmten Gegenstand seines Vermögens, sondern einen gewissen Geldbetrag zu leisten.

Über Begriff und Bedeutung des Geldes vgl. oben S. 258.

c. Wahlschuld.

1. Ein Wahlschuldverhältnis (Alternativobligation) ist vorhanden, wenn mehrere Leistungen geschuldet werden, von denen jedoch nur die eine oder die andere bewirkt werden muß (BGB. § 262). Es sind wie die Quellen sagen (zB. D. 45, 1, 128) mehrere Gegenstände „in obligatione", aber nur einer derselben „in solutione". Die Wahlschuld unterscheidet sich hiernach:

α. von der Gattungsschuld dadurch, daß bei dieser von vornherein noch gar kein bestimmter Gegenstand in obligatione ist;

β. von der einfachen Schuld dadurch, daß bei dieser ein und derselbe Gegenstand sowohl in obligatione als auch in solutione ist;

γ. von der einfachen Schuld mit Ersatzbefugnis (facultas alternativa)[6]) dadurch, daß hierbei, gerade um-

---

culum est locatoris, unten § 93 c 2 α c). Nach BGB. § 323 (unten § 74 b) verliert bei allen gegenseitigen Verträgen, also auch beim Kauf, die Partei, welche eine ihr obliegende Leistung ohne ihr Verschulden nicht bewirken kann, den Anspruch auf die Gegenleistung. Hat also A an B seinen Jagdhund Blitz für 100 Mk. verkauft und stirbt Blitz vor der auf den 1. Juli festgesetzten Übergabe ohne A's Verschulden, so braucht A nach allen Rechten dem B keinen Schadensersatz zu leisten. Während er aber nach rR. die 100 Mk. erhält, wird nach BGB. B auch seinerseits von seiner Leistungspflicht frei.

[5]) Freilich kann Geld, wie jede andere vertretbare Sache (S. 258) auch als species Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein, zB. wenn A von B dessen Talersammlung kauft.

[6]) Die facultas alternativa kann rechtsgeschäftlich eingeräumt sein: A verkauft dem B sein Pferd Pluto, behält sich aber

gekehrt wie bei der Wahlschuld, ein Gegenstand in obligatione, aber noch ein anderer in solutione ist.

Die praktische Bedeutung dieser Unterscheidungen zeigt sich vor allem in dem Einflusse der unverschuldeten Leistungsunmöglichkeit auf den Bestand des Schuldverhältnisses, also bei der sog. „Tragung der Gefahr". Bei der einfachen Obligation (auch der mit facultas alternativa) trägt alle Gefahr der Gläubiger (species perit ei cui debetur, S. 434), bei der Gattungsschuld bis zur Leistung der Schuldner (genus perire non censetur); bei der Wahlschuld dagegen trägt der Schuldner die Gefahr des zuerst untergehenden Gegenstands, weil sich dadurch die Schuld auf den übrig bleibenden konzentriert (S. 437), der Gläubiger die Gefahr des später untergehenden[7]).

2. Die Wahlbefugnis steht im Zweifel, d. h. mangels einer durch Gesetz oder Rechtsgeschäft bestimmten Ausnahme dem Schuldner zu (also zB. dem Verkäufer als dem Schuldner des Kaufgegenstands, D. 18, 1, 25, pr., ebenso BGB. § 262). Sie kann aber auch dem Gläubiger zustehen (so

---

das Recht vor, ihm statt dessen sein Pferd Zeus zu liefern. Dann ist in obligatione nur Pluto, stirbt dieses Pferd, so kann B nicht die Lieferung des Zeus verlangen, wohl aber A durch dessen Lieferung den Kauf aufrecht erhalten. Wäre das Geschäft dagegen als Wahlobligation geschlossen (A verkauft nach seiner Wahl dem B Pluto oder Zeus), dann könnte B nach dem Untergange eines der Tiere das andere verlangen (S. 437).

Fälle einer gesetzlichen facultas alternativa sind nach rR. die Noxalklagen, wobei sich der Eigentümer des schädigenden Hauskinds, Sklaven oder Tieres durch dessen Hingabe von der ihm obliegenden Schadensersatzpflicht befreien konnte (unten § 114 c 5); ferner die laesio enormis, wonach der Käufer die Rückgabe der unter der Hälfte des Werts gekauften Sache durch Nachzahlung bis zum vollen Wert abwenden konnte (unten § 87 a 2 γ). Aus dem BGB. vgl. §§ 251 Abs. 2, 340, 462, 1345—1347, 1973 Abs. 2, 1992, 2329.

[7]) Vgl. D. 18, 1, 34, 6: Si emptio ita facta fuerit: „est mihi emptus Stichus aut Pamphilus" (das regelmäßige Quellenbeispiel für Wahlschuldverhältnisse), in potestate est venditoris, quem velit dare, sicut in stipulationibus, sed uno mortuo qui superest dandus est. et ideo prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emptorem respicit.

hatte nach D. 30, 34, 14 und D. 31, 23 — anders BGB. § 2154 — beim Wahlvermächtnisse kraft Gesetzes der Legatar, also der Gläubiger der legierten Sache, nicht der belastete Erbe die Wahl) oder endlich auch einem Dritten (wobei nach D. 45, 1, 141, 1 die Vornahme der Auswahl durch den extraneus als Bedingung für den Bestand des Rechtsgeschäfts gilt). Kommt die wahlberechtigte Partei mit der Ausübung des Wahlrechts in Verzug, so geht nach richtiger Ansicht (ebenso BGB. § 264) das Wahlrecht auf die Gegenpartei über.

3. Die Wahlschuld verwandelt sich in eine einfache Schuld:

a. durch Ausübung des Wahlrechts. Nach rR. hatte der Wahlberechtigte bis zur vollständigen Leistung der einen Sache ein ius variandi[8]), auch wenn er schon eine bestimmte Erklärung abgegeben oder einen der Gegenstände teilweise geleistet oder angenommen hatte (D. 12, 6, 26, 13);[9])

β. infolge der Unmöglichkeit einer Leistung. In diesem Falle „konzentriert" sich die Schuld nach rR. auf die mögliche Leistung[10]).

---

[8]) Vgl. D. 45, 1, 138, 1: Cum pure stipulatus sum illud aut illud dari, licebit tibi, quotiens voles, mutare voluntatem in eo quod praestaturus sis, quia diversa causa est voluntatis expressae et eius quae inest. In D. 45, 1, 112, pr. wird ein Unterschied zwischen den Formeln „quem voluero" und „quem volam" gemacht und bei ersterer Formel die Änderung der Wahlerklärung ausgeschlossen, während sie bei der letzteren bis zur Litiskontestation zulässig sein soll.

[9]) Dagegen findet nach BGB. § 263 Abs. 1 nach der einmal vom Wahlberechtigten dem Gegner gegenüber abgegebenen Wahlerklärung kein ius variandi mehr statt. Nach § 263 Abs. 2 gilt in Übereinstimmung mit dem bisherigen Recht die gewählte Leistung als die von Anfang an geschuldete, es tritt also — anders als bei der Gattungsschuld — Rückwirkung ein.

[10]) Vgl. D. 18, 1, 34, 6 (oben S. 436[7]); 45, 1, 16, pr.; 46, 3, 72, 4 und 95, 1. Das Gleiche bestimmt BGB. § 265. Nach rR. brauchte der wahlberechtigte Schuldner, wenn die Unmöglichkeit der Leistung nicht von ihm verschuldet war, nicht die übrig bleibende Sache zu leisten, sondern erhielt die facultas alternativa (S. 435), den Wert der untergegangenen zu ersetzen (D. 30, 47, 3); ähnlich BGB. § 265 Satz 2.

Über die Zulässigkeit der Rückforderung einer in Unkenntnis des Wahlrechts gemachten Leistung vgl. D. 12, 6, 32, 3 und dagegen D. 31, 19.

d. Teilbarkeit der Leistung.

1. Eine Leistung ist im Rechtssinne[11]) **teilbar**, wenn sie ohne Beeinträchtigung des Rechts des Gläubigers in (reellen oder ideellen, S. 261) Teilen erfolgen kann. Leistungen auf ein dare (Eigentumsverschaffung, S. 432) sind regelmäßig teilbar, so vor allem die Leistung der im Verkehre nach Quantitäten (Maß, Zahl oder Gewicht) bestimmten Sachen. Unteilbar ist aber zB. die Leistung einer unteilbaren Sache (zB. eines bestimmten Pferdes) und die Bestellung einer Servitut, mit Ausnahme des Nießbrauchs. Leistungen auf ein facere oder auf ein non facere (Tun oder Unterlassen) sind regelmäßig unteilbar (vgl. zB. D. 45, 1, 2). Auch die unteilbare Leistung wird jedoch teilbar, wenn sie sich in eine Schadensersatzleistung umwandelt[12]).

2. Die rechtliche Bedeutung der Frage nach der Teilbarkeit oder Unteilbarkeit einer Leistung zeigt sich darin, daß bei teilbaren Leistungen und nur bei ihnen eine teilweise Erfüllung und eine Spaltung des Forderungsrechts und der Schuld in mehrere selbständige Obligationen

---

[11]) Nur diese Teilbarkeit kommt für das Recht, insbesondere für die Frage der Anwendbarkeit der im Text zu 2 erwähnten Grundsätze in Betracht, nicht auch die natürliche Teilbarkeit. Wenn A beim Tischler B zB. einen Tisch bestellt, so ist diese Leistung im natürlichen Sinne teilbar (Lieferung der Platte, der Schublade, der Füße), nicht aber im Rechtssinne (vgl. D. 45, 1, 2, 1); oben S. 261.

[12]) Vgl. D. 45, 1, 72, pr.: Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae itineris actus aquaeductus ceterarumque servitutium. idem puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, ut puta fundum tradi vel fossam fodiri vel insulam fabricari, vel operas vel quid his simile: horum enim divisio corrumpit stipulationem. Celsus tamen libro trigensimo octavo digestorum refert Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem: secundum quem Celsus ait posse dici iusta aestimatione facti dandam esse petitionem.

möglich ist. Nur bei teilbaren Leistungen kann daher eine teilweise Unmöglichkeit der Erfüllung in Frage kommen (unten § 70) und nur bei ihnen ist es von Bedeutung, wenn auf der Gläubiger- oder Schuldnerseite mehrere Personen beteiligt sind (unten § 86).[13])

Ist hiernach nur bei teilbaren Leistungen die Möglichkeit einer teilweisen Erfüllung vorhanden, so folgt hieraus nicht etwa, daß der Schuldner bei allen teilbaren Leistungen zur teilweisen Erfüllung berechtigt und der Gläubiger — zur Vermeidung der Verzugsfolgen — zu ihrer Annahme verpflichtet ist. Vielmehr ist der Schuldner zu Teilleistungen nur berechtigt, wenn ihm dies durch Rechtsgeschäft (so bei den heute vielfach vorkommenden Abzahlungsgeschäften, RG. vom 16. Mai 1894) oder durch einen besonderen Rechtssatz (so nach WO. Art. 38, 39, aber nur bis zur Protesterhebung, Art. 48) gestattet ist[14]).

§ 68. Art und Umfang der Haftung.

a. Allgemeines.

Dem älteren rR. (ius civile), wie allen unentwickelten Rechtssystemen, waren Schuldverhältnisse unbekannt, bei denen die Bestimmung der Art und des Umfangs der Leistung dem richterlichen Ermessen überlassen war. Erst durch das prä-

[13]) So gilt insbesondere der Grundsatz: nomina ipso iure sunt divisa (unten § 86) nur bei teilbaren Leistungen und mehrere Erben des Schuldners einer unteilbaren Leistung haften solidarisch (D. 10, 2, 25, 10).

[14]) Vgl. D. 12, 1, 21: Quidam existimaverunt neque eum, qui decem peteret, cogendum quinque accipere et reliqua persequi, neque eum, qui fundum suum diceret, partem dumtaxat iudicio persequi: sed in utrāque causa humanius facturus videtur praetor, si actorem compulerit ad accipiendum id quod offeratur, cum ad officium eius pertineat lites deminuere. Hieraus wurde von vielen für das Gemeine Recht geschlossen, daß der Gläubiger nach Klageerhebung zur Annahme von Teilzahlungen verpflichtet sei. Das BGB. hat eine derartige Vorschrift nicht aufgenommen, vielmehr gilt nach § 266 ausnahmslos der Satz: „Der Schuldner ist — mangels anderweitiger Abrede — zu Teilleistungen nicht berechtigt."

torische Recht wurde bei den durch dieses geregelten Schuldverhältnissen die Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falls zugelassen, und man stellte nunmehr den actiones stricti iuris die iudicia bonae fidei entgegen (S. 390). Auch nach Beseitigung des Formularverfahrens und damit der prozessualen Bedeutung des Unterschieds zwischen actiones bonae fidei und stricti iuris behielt die Unterscheidung eine gewisse praktische Bedeutung insofern, als bei den ehemaligen bonae fidei iudicia der billigen Abwägung des Richters ein größerer Spielraum gewährt wurde, als bei den stricti iuris actiones[1]).

b. Zinsen[2]).

1. Begriff.

Zins (usurae, foenus) ist die vom Schuldner einer Quantität vertretbarer[3]) Sachen (Kapital, caput, sors) als Entgelt für deren Gebrauch (daher „usurae") zu leistende, fortlaufende Vergütung, ausgedrückt in einer Quote der geschuldeten Sachen. Hiernach setzt die Zinspflicht eine auf

---

[1]) Im modernen Rechte hat die aequitas das strictum ius (S. 160) überwunden. Wie schon im Gemeinen Recht, so werden auch im BGB. alle Rechtsverhältnisse, insbesondere aber die Schuldverhältnisse von dem Grundsatze beherrscht, daß sie nach Treu und Glauben auszulegen und zu erfüllen sind (BGB. §§ 157, 242). Alle Schuldverhältnisse sind also heute bonae fidei obligationes. Eine Ausnahme bilden nur die Wechselverpflichtungen wegen der formalen Natur dieser Rechtsgebilde; aber auch hier wird einer Treu und Glauben widersprechenden Rechtsbetätigung vielfach mit der (aus WO. Art. 82 hergeleiteten) exceptio doli generalis (S. 399[6]) entgegengetreten.

[2]) D. 22, 1: De usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora; C. 4, 32: De usuris. Im BGB. finden sich die allgemeinen Vorschriften über die Zinsen in den §§ 246—248.

[3]) Als Zinsen gilt also nicht eine Vergütung, die für den Gebrauch einer Speziessache zu leisten ist. Merkwürdigerweise sagt jedoch C. 4, 32, 25: Pro auro et argento et veste facto chirographo licitas solvi vel promitti usuras iussimus. Praktisch kommen Zinsen nur neben Geldschulden vor; sie sind aber auch neben einer auf andere vertretbare Sachen gerichteten Hauptschuld denkbar, zB. als Getreidezinsen (vgl. C. 4, 32, 11).

Leistung eines Kapitals gehende Hauptschuld voraus, hat also accessorischen Charakter. Daraus folgt (S. 247), daß die Zinspflicht die rechtlichen Schicksale der Hauptschuld teilt, daher vor allem nur bei gültiger Entstehung dieser entsteht und nur so lange wie diese besteht. Geht daher die Hauptschuld (durch Erfüllung, Hinterlegung, Verjährung) unter, so erlischt auch die Zinspflicht (D. 22, 1, 7, C. 4, 32, 19, pr.), natürlich nur für die Zukunft, während die während des Bestehens der Hauptschuld entstandenen, aber noch nicht gezahlten, sog. rückständigen Zinsen, als mit der Fälligkeit selbständig gewordene Gegenstände ein von der Hauptforderung unabhängiges Rechtsdasein führen[4]).

2. Einteilung der Zinsen.

Die Zinspflicht beruht entweder auf Rechtsgeschäft (Schuldvertrag, einseitiges Versprechen, letztwillige Verfügung,

---

[4]) Daher umfaßt die Abtretung einer zinsbaren Forderung zwar ohne weiteres die laufenden und zukünftigen, nicht aber auch die rückständigen Zinsen und es kann für diese eine andere Verjährungsfrist maßgebend sein, als für die Hauptschuld (vgl. BGB. § 197).

Eine andere Frage ist, ob nach Erledigung der Hauptschuld noch die Nachforderung der rückständigen Zinsen zulässig ist, was damit zusammenhängt, ob Zinsen überhaupt selbständig, d. h. ohne gleichzeitige Erhebung des Anspruchs auf das Kapital eingeklagt werden können. Nach rR. war zwischen den auf besonderen, in der Form der Stipulation abgegebenen Zinsversprechen beruhenden und den sonstigen (formlos versprochenen, unten S. 442, oder kraft Gesetzes zu leistenden) Zinsen zu unterscheiden. Auf die stipulierten Zinsen (quae in obligatione sunt) gab es eine besondere Klage und durch die Annahme des Kapitals wurde der Anspruch auf Leistung der rückständigen Zinsen daher nicht ausgeschlossen. Die nicht formgültig versprochenen und die gesetzlichen Zinsen konnten dagegen nicht durch eigene Klage (C. 4, 34, 4: non enim duae sunt actiones, alia sortis alia usurarum), sondern nur als Erweiterung des Hauptanspruchs (zB. mit der actio venditi) geltend gemacht werden; vgl. D. 19, 1, 49, 1: „Pretii, sorte licet post moram soluta, usurae peti non possunt, cum hae non sint in obligatione, sed officio iudicis praestentur". Für das Gemeine Recht war diese Frage streitig. Nach BGB. können alle Arten von Zinsen durch selbständige Klage geltend gemacht, auch nach vorbehaltloser Annahme der Hauptschuld nachgefordert werden.

sog. rechtsgeschäftliche Zinsen, usurae conventionales) oder auf Gesetz (gesetzliche Zinsen, usurae legales, nicht legitimae, was gesetzlich erlaubte Zinsen, unten S. 443, bedeutet).

α. Nach rR. geschah das Zinsversprechen neben stricti iuris negotia (zB. Darlehen) durch besondere Zinsstipulation, die deshalb auch eine von der Hauptleistung unabhängige Leistungspflicht und Klage ex stipulatu begründete (S. 441[4]), neben bonae fidei negotia (zB. Kauf mit Kreditierung des Kaufpreises) durch formloses pactum in continenti adiectum (S. 391[14]), das mit der Hauptklage geltend zu machen und vom iudex gemäß der Formel „Quidquid paret usw. ex fide bona" (S. 391[14]) zu berücksichtigen war[5]).

β. Gesetzliche Zinsen, d. h. solche, die nicht auf Grund einer besonderen Zinsstipulation „in obligatione" sind, sondern „von Amts wegen", „officio iudicis praestantur" (S. 441[4]), sind zB. die Verzugszinsen (D. 22, 1, 32, 2, unten § 71 a), die Urteilszinsen (S. 418[7], heute ersetzt durch die spätestens von der Rechtshängigkeit an zu zahlenden Prozeßzinsen, BGB. § 291), die vom Käufer im Falle der Nutzung der Kaufsache zu zahlenden Kaufpreiszinsen (D. 19, 1, 13, 20, ebenso BGB. § 452, unten § 88 b) und die im Falle der unberechtigten Verwendung fremden Geldes, zB. vom Beauftragten, Verwahrer, Vormund, zu zahlenden Zinsen (vgl. D. 22, 1, 11; 17, 1, 10, 3; BGB. §§ 668, 698, 1834).[6])

---

[5]) Es mußte aber nicht nur die Zinspflicht, sondern auch der Zinsfuß festgestellt werden (D. 22, 1, 41, 2: si non appareat, de quibus usuris conventio facta sit, peti eas non posse). Nach Gem. R. erfolgt die Zinsabrede formlos; ebenso nach BGB. Es genügt hier sogar die bloße Vereinbarung der Zinspflicht auch ohne Bestimmung des Zinsfußes, es gilt dann der gesetzliche Zinsfuß von 4 % vereinbart (§ 246).

[6]) Die Höhe der gesetzlichen Zinsen betrug nach justin. R. 6 %, nach Gem. R. (auf Grund des Reichsdeputationsabschieds von 1600) und nach ALR. 5 %, nach altem HGB. bei auch nur einseitigen Rechtsgeschäften 6 %. Das BGB. hat sie auf 4 % (§ 246), das neue HGB. (§ 352), aber nur bei beiderseitigen Handelsgeschäften, auf 5 %

Befreit sind von der Zahlung von Verzugszinsen der Fiskus (S. 237) und der Schenker (D. 39, 5, 22); auch Geldstrafen werden nicht verzinst (D. 27, 8, 9).

3. Zinsberechnung.

Die Zinsberechnung geschieht nach römischem wie nach modernem Recht in Hundertstel (Prozenten, gewöhnlich % geschrieben) des Kapitals. Während aber in Rom die Berechnung auf den Monat erfolgte, geschieht sie heute auf das Jahr. 1 % (centesimae usurae) in Rom bedeutet also nach der heutigen Jahresrechnung 12 %. Geringere als einprozentige Zinsen auf den Monat wurden durch die Anteile des as (S. 60[1]) bezeichnet: usurae besses (2/3 %) sind also so viel wie heute 8 %, us. semisses (1/2 %) soviel wie heute 6 %[7]).

Zinsfuß ist das auf die Einheitszeit, also heute auf ein Jahr, berechnete Verhältnis der Zinsen zum Kapital.

4. Zinsbeschränkungen.

a. Schon im älteren rR. versuchte man, der Ausbeutung der Schuldner durch Zinsbeschränkungen entgegenzutreten. Die 12 Tafeln setzten als höchstes Maß das foenus unciarium fest, d. h. von jedem As sollte höchstens 1 Unze jährlich, also 1/12 des Kapitals oder 8 1/3 %, genommen werden dürfen. Im 4. Jahrhundert v. Chr. wurde dieses Zinsmaximum auf die Hälfte herabgesetzt (foenus semiunciarium). Durch die lex Genucia (342 v. Chr.) wurde das Zinsennehmen unter Bürgern überhaupt verboten. Dies wurde durch eine lex Sempronia (193 v. Chr.) auf die Latinen, durch eine lex Gabinia (67 v. Chr.) auch auf

festgesetzt. Für die WO. (Art. 50) ist der bisherige Zinssatz von 6 % beibehalten.

[7]) In der späteren Kaiserzeit sind centesimae usurae genauer 12 1/2 % nach heutiger Rechnung. Der Bequemlichkeit wegen berechnete man nämlich die centesimae usurae auf 3 Siliquä von dem (24 Siliquä enthaltenden, S. 60[1]) Solidus, also auf 1/8 oder 12 1/2 % des Kapitals. Demgemäß waren usurae besses 8 1/3, usurae semisses 6 1/4 %.

die Provinzialen ausgedehnt. Später wurde von diesem absoluten Zinsverbote wieder abgegangen, und es wurden centesimae usurae, 1 % monatlich, also nach heutiger Berechnung 12 % als Zinsmaximum bestimmt.

Für gewagte Geschäfte (z. B. das Seedarlehen, foenus nauticum, pecunia traiecticia, unten § 95 d) galten diese Zinsbeschränkungen nicht; erst Konstantin setzte 50 % als Höchstbetrag fest. Justinian (C. 4, 32, 26) setzte das regelmäßige Zinsmaximum auf die Hälfte (usurae semisses, d. h. ½ % monatlich oder 6 % jährlich) herab. Beim foenus nauticum sollten 12 % zulässig sein; Kaufleute sollten 8 %, personae illustres nur 4 % fordern dürfen[8]).

β. Der Zinsenlauf stand nach rR. still, sobald die rückständigen Zinsen den Betrag der Hauptschuld erreichten (D. 12, 6, 26, 1, C. 4, 32, 10 und 27, 1: Cursum insuper usurarum ultra duplum minime procedere concedimus, sog. Verbot der Verzinsung „ultra alterum tantum"). In den Novellen 121 c. 2, 138, 160 bestimmte Justinian sogar, daß die Zinszahlung schon dann aufhören sollte, wenn die gezahlten Zinsen das Kapital erreichten[9]).

γ. Zinsrückstände werden nach rR. nicht verzinst. Richtig ist insbesondere der Anatozismus (von ἀνατοκεῖν, wieder gebären), d. h. das vertragsmäßige Ausbedingen von

---

[8]) Das kanonische Recht verbot Christen untereinander (nicht aber Juden, sog. Wucherprivileg der Juden) das Zinsennehmen überhaupt, was der Verkehr durch den Rentenkauf und den Kauf auf Wiederkauf umging. Im JRA. (1654) wurden Zinsen bis 5 % gestattet, über 6 % verboten, die Behandlung des sog. sechsten Zinstalers der Landesgesetzgebung überlassen. Das Reichsrecht hat seit dem Bundesgesetz über die vertragsmäßigen Zinsen vom 14. November 1867 (sog. Bundeszinsengesetz) alle unmittelbaren Zinsbeschränkungen beseitigt und tritt der übermäßigen Ausbeutung der Schuldner durch die Nichtigkeitserklärung des wucherlichen Geschäfts (BGB. § 138) entgegen; oben S. 313[4].

[9]) Diese Novellen, wonach ein mit 5 % verzinsliches Kapital nach 20 Jahren nicht mehr verzinst zu werden braucht, sind nicht glossiert und waren daher (S. 150) für das Gem. R. bedeutungslos. Das BGB. kennt überhaupt kein Verbot der Verzinsung ultra alterum tantum.

Zinseszinsen, und zwar gleichgültig, ob es vor oder nach Verfall erfolgte und ob die Zinsen als selbständiges zinsbares Kapital festgestellt wurden (anatocismus separatus, D. 12, 6, 26, 1) oder zur Hauptforderung geschlagen und mit dieser verzinst werden sollten (anatocismus coniunctus, C. 4, 32, 28).[10])

c. Schadensersatz.

1. Begriff des Schadens.

α. Schaden ist jede ungünstige Veränderung der Rechtslage einer Person, sei es hinsichtlich ihres Vermögens (materieller Schaden), sei es in sonstigen Beziehungen (immaterieller Schaden, zB. Verletzung der Persönlichkeit an: Leben, Körper, Freiheit, Ehre, Namen, Urheberrecht).

β. Der Schaden wird eingeteilt:

a. nach der Veranlassung: in unmittelbaren oder direkten (damnum circa rem) und mittelbaren oder indirekten Schaden (damnum extra rem, vgl. zB. D. 19, 1, 13, pr.; 19, 2, 19, 1), je nachdem er durch das schädigende Ereignis allein oder nur in Verbindung mit einem sonstigen Umstande herbeigeführt ist;

b. nach dem Umfange: in wirklichen Schaden (damnum emergens, d. h. offen zu Tage tretender) und in entgangenen Gewinn (lucrum cessans), je nachdem der Geschädigte infolge des schädigenden Ereignisses ein

---

[10]) Nach BGB. § 248 Abs. 1 ist eine für die schon verfallenen Zinsbeträge getroffene Zinseszinsverabredung zulässig, nicht aber eine im voraus getroffene. Ausnahmen enthalten BGB. § 248 Abs. 2 (für Sparkassen und Kreditanstalten) und HGB. § 355 (Verzinsung des Saldo im Kontokurrentverkehr, auch wenn in dem Saldo Zinsen enthalten sind).

Zinsen sind jedoch nur die für die Benutzung eines Kapitals zu zahlenden Beträge im Verhältnisse des Kapitalschuldners zum Kapitalgläubiger. Zieht aber zB. ein Dritter (Beauftragter oder Vormund) Zinsen ein, so gelten die eingegangenen Beträge im Verhältnis zum Empfangsberechtigten als Kapital und müssen bei verzögerter Ablieferung wie ein solches verzinst werden (D. 17, 1, 10, 3; 26, 7, 58, 1 und 4).

beſeſſenes Rechtsgut verloren oder an dem Erwerb eines ihm in ſicherer Ausſicht ſtehenden Rechtsguts verhindert worden iſt (D. 46, 8, 13, pr., S. 448[15]).[11])

Die Geſamtbedeutung, die ein die Rechtslage einer Perſon verändernder Umſtand für dieſe hat, wird als ihr „Intereſſe“ bezeichnet (id quod eius interest, nämlich, daß der Umſtand nicht eingetreten wäre).

2. Vorausſetzungen des Schadenserſatzes.

Grundſätzlich hat jeder den ſeine Rechtsſphäre treffenden Schaden ſelbſt zu tragen („casus a nullo praestantur“, D. 50, 17, 23; „casum sentit dominus“). Unter gewiſſen Vorausſetzungen kann jedoch ein Anderer zum Schadenserſatze, d. h. zur Ausgleichung des den Verletzten treffenden Nachteils herangezogen werden.

α. Die Schadenserſatzpflicht kann beruhen: auf Vertrag (ſo bei den Verſicherungsverträgen) oder auf Geſetz (zB. Haftung des Tierhalters für den durch ein Tier angerichteten Schaden).

β. Die hiernach begründete Schadenserſatzpflicht tritt nur ein, wenn der eingetretene Schaden die Wirkung des Ereigniſſes iſt, für welches gehaftet wird (Kauſalnexus, urſächlicher Zuſammenhang).[12])

---

[11]) ZB. A überfährt durch vorſchriftswidriges Radeln den Privatlehrer B. Dieſer erleidet einen Schenkelbruch (unmittelbarer Schaden) und ihm wird, während er beſinnungslos liegen bleibt, ſeine Uhr geſtohlen (mittelbarer Schaden). Er muß für die Dauer ſeiner Arbeitsunfähigkeit die von ihm bisher gegebenen Stunden aufgeben (wirklicher Schaden) und kann eine ihm während der erſteren angetragene Überſetzung nicht übernehmen (entgangener Gewinn, vgl. zB. D. 18, 6, 10 und 19, 1, 21, 3). Als entgangen gilt nach dem mit dem bisherigen Recht übereinſtimmenden § 252 BGB. jedoch nur „der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den beſonderen Umſtänden, insbeſondere nach den getroffenen Anſtalten und Vorkehrungen, mit Wahrſcheinlichkeit erwartet werden konnte“.

[12]) Daher haftet zB. die Unfallverſicherungsgeſellſchaft nicht für die durch Krankheit herbeigeführte Erwerbsunfähigkeit, der Hauseigentümer, der bei Glatteis vorſchriftswidrig die Gehbahn nicht beſtreut hat, nicht dafür, daß ein Paſſant über eine von einem Anderen hin-

γ. Nach deutschem Rechte genügte die Tatsache, daß ein Schaden auf das Handeln einer — an sich nach Vertrag oder Gesetz (α) schadensersatzpflichtigen — Person zurückführt, um deren Haftung zu begründen (sog. Veranlassungsprinzip, S. 169); daher haften nach deutschem Recht auch willens- und deshalb verschuldensunfähige Personen (Kinder, Wahnsinnige) für den von ihnen angerichteten Schaden. Nach rR. (und BGB.) dagegen ist die bloße Verursachung (causa) allein grundsätzlich keine genügende Grundlage des Schadensersatzanspruchs; eine fernere Voraussetzung desselben ist vielmehr regelmäßig das Vorhandensein eines Verschuldens (culpa) einer Person (sog. Verschuldensprinzip). Nur in Ausnahmefällen findet eine Verantwortlichkeit ohne eigenes Verschulden statt (Haftung für fremde Personen, zB. mit der actio de effusis vel deiectis, aus dem receptum cauponum, vgl. BGB. §§ 278, 831, 832; für Tierschaden mit der actio de pastu und de pauperie, vgl. BGB. §§ 833 ff.; Verantwortlichkeit willensunfähiger Personen, vgl. BGB. §§ 827 ff.). Hierüber ist unten § 114 c zu sprechen.

δ. Selbst beim Vorliegen von causa und culpa braucht Ersatz nicht geleistet zu werden, wenn der Beschädigte den Schaden durch gehörige Sorgfalt hätte abwenden oder mindern können (sog. Kulpakompensation, D. 50, 17, 203: Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire).[18])

---

gestellte Kiste zu Fall kommt, derjenige, der einen Menschen tödlich verwundet, nur für den durch die Verwundung, nicht auch für den durch den Tod herbeigeführten Schaden, wenn der Verletzte durch einen Anderen erschlagen wird; vgl. D. 9, 2, 11, 3: Celsus scribit, si alius mortifero vulnere percusserit, alius postea exanimaverit, priorem quidem non teneri quasi occiderit, sed quasi vulneraverit, quia ex alio vulnere periit, posteriorem teneri, qui occidit (sog. Unterbrechung des Kausalzusammenhangs). Vgl. auch D. 9, 2, 15, 1.

[18]) Ähnlich BGB. § 254. Vgl. zB. D. 9, 2, 9, 4: Si per lusum iaculantibus servus fuerit occisus, Aquiliae locus est. sed si cum alii in campo iacularentur, servus per eum locum transierit, Aquilia cessat, quia non debuit per campum iacu-

3. Art und Umfang des Schadensersatzes.

a. Der Ersatzpflichtige ist an erster Stelle zur Naturalrestitution verpflichtet, d. h. er hat den Zustand herzustellen, der ohne das Dazwischentreten des zum Schadensersatze verpflichtenden Umstands bestanden hätte. Ist dies unmöglich, so ist bei den Schäden, die die Vermögenssphäre treffen[14]), der Schadensersatz in Geld zu leisten (ebenso BGB. §§ 249, 251). Hierbei ist bei entzogenen oder in ihrem Werte verminderten Vermögensstücken mindestens der gemeine, meist aber auch der außerordentliche Wert, das „Interesse“[15]), dagegen nie das sog. Affektionsinteresse[16]), zu ersetzen; vgl. oben S. 263[10].

Auf besonderen Vorschriften des rR. beruht es, daß der Richter als Geldstrafe höchstens das Doppelte des

---

latorium iter intempestive facere. qui tamen data opera in eum iaculatus est, utique Aquilia tenebitur.

[14]) Der immaterielle Schaden wurde im rR. überhaupt nicht in Geld ersetzt (vgl. die Begriffsbestimmung des Schadens in D. 39, 2, 3: Damnum et damnatio ab ademptione et quasi deminutione patrimonii dicta sunt). Erst im Anschluß an die PGO. (Art. 20, Entschädigung der ungerecht Gefolterten) wurde bei Körperverletzungen auch ohne den Nachweis eines Vermögensschadens ein Schmerzensgeld, ferner Mädchen, denen durch eine Verunstaltung die Heiratsgelegenheit entzogen war ein Narbengeld und im Falle der Verführung („Defloration“) ein Anspruch auf Ausstattung gewährt (duc aut dota, vgl. unten § 147[7]).

Auch nach BGB. § 253 wird grundsätzlich nur der Vermögensschaden in Geld ersetzt; vgl. jedoch §§ 847 (Körperverletzung, Freiheitsentziehung, Sittlichkeitsvergehen), 1300 (Verführung einer Verlobten) und die Vorschriften über die Buße im StGB. (§§ 188, 231) sowie in den Urheberrechts- und Gewerbeschutzgesetzen.

[15]) D. 46, 8, 13, pr.: quantum mea interfuit, id est quantum mihi abest quantumque lucrari potui.

[16]) Vgl. D. 9, 2, 33, pr. (Paulus): Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis occiderit quem tu magno emptum velles, sed quanti omnibus valeret. Sextus quoque Pedius ait pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi. Vgl. S. 263[10].

Sachwerts zusprechen darf[17]), daß für Luxussachen kein Ersatz gewährt wird[18]) und daß, wenn das schadenbringende Ereignis dem Verletzten gleichzeitig Nutzen gebracht hat, nur der den Vorteil übersteigende Nachteil ersetzt verlangt werden kann (compensatio lucri cum damno, vgl. D. 3, 5, 10).

β. Nach D. 12, 3, 5 hat der Beschädigte einem arglistigen Schädiger gegenüber das Recht eidlicher Selbstschätzung seines Schadens. Eine besondere Art dieses iusiurandum in litem ist das von Zeno für den Fall des interdictum unde vi eingeführte iusiurandum Zenonianum (unten § 118[22]).[19])

d. Leistung durch einen Dritten.

Obgleich das rR. die Obligation als ein iuris vinculum behandelt, stellt es doch die Regel[20]) auf, daß grund-

---

[17]) Justinian in C. 7, 47, 1, 1: Sancimus itaque in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, hoc quod interest dupli quantitatem minime excedere. Die Vorschrift hatte im Gem. R. zahlreiche Streitfragen hervorgerufen, besonders, ob sie sich nur auf das Erfüllungsinteresse aus Kontrakten oder auch auf außerkontraktliche Schäden beziehe und welche Fälle als casus certi zu betrachten seien. In das BGB. ist hiervon nichts übergegangen.

[18]) D. 39, 2, 40, pr.: quia honestus modus servandus est, non immoderata cuiusque luxuria subsequenda. Auch dieser Grundsatz ist nicht in das BGB. aufgenommen.

[19]) CPO. § 287 hat die Vorschriften über den Schätzungseid und damit das Recht des Beschädigten auf eidliche Schätzung seines Schadens beseitigt; das Gericht kann jedoch anordnen, daß der Beweisführer den Schaden und das Interesse eidlich schätze, unter Bestimmung eines Betrages, den die eidliche Schätzung nicht übersteigen darf; ähnlich schon D. 12, 3, 5: iudex potest praefinire certam summam, usque ad quam iuretur: licuit enim ei a primo nec deferre. Item et si iuratum fuerit, licet iudici vel absolvere vel minoris condemnare.

[20]) Vgl. jedoch D. 46, 3, 31: Inter artifices longa differentia est et ingenii et naturae et doctrinae et institutionis. ideo si navem a se fabricandam quis promiserit vel insulam aedificandam fossamve faciendam et hoc specialiter actum est, ut suis operis id perficiat, fideiussor ipse aedificans vel fossam fodiens non consentiente stipulatore non liberabit reum.

sätzlich auch die Erfüllung seitens eines Dritten vom Gläubiger zur Vermeidung der Folgen des Annahmeverzugs anzunehmen ist und den Schuldner befreit, selbst wenn dieser hiervon keine Kenntnis hat oder selbst widerspricht (D. 3, 5, 38: Solvendo quisque pro alio, licet invito et ignorante liberat eum; ähnlich BGB. § 267).

§ 69. Ort und Zeit der Leistung.

a. Erfüllungsort.

1. Erfüllungsort oder (wie man nach BGB. § 269 heute sagt) Leistungsort ist diejenige Stelle (Ortschaft und Stelle in derselben), an welcher der Schuldner seine Leistung bewirken muß und darf, um das Schuldverhältnis zur Lösung zu bringen.

Nach rR. (und ebenso nach BGB. § 269) gilt als Leistungsort an erster Stelle der von den Parteien (ausdrücklich oder stillschweigend) bestimmte Ort. Mangels einer rechtsgeschäftlichen Bestimmung ist der Leistungsort aus den Umständen, insbesondere der Natur des Schuldverhältnisses zu entnehmen[1]). Ist eine solche Feststellung unmöglich, so kann nach rR. der Schuldner, so lange er noch nicht verklagt ist, an jedem angemessenen Orte (quoquo loco non inopportuno, D. 46, 3, 39) leisten. Läßt er sich aber verklagen, so kann der Gläubiger die Erfüllung an jedem Orte fordern, wo er den Schuldner rechtsgültig verklagt und hiernach, wenn er unter mehreren Gerichtsständen die Wahl hat, durch gerechtfertigte Klageerhebung den Erfüllungsort einseitig feststellen; vgl. D. 13, 4, 2, 3: petitorem electionem habere ubi petat, reum ubi solvat, scilicet ante petitionem[2]) und D. 33, 1, 1: quocumque loco petetur, dari debet.

---

[1]) Vgl. zB. D. 16, 3, 12, 1: Depositum eo loco restitui debet, in quo sine dolo malo eius est, apud quem depositum est: ubi vero depositum est, nihil interest. eadem dicenda sunt communiter et in omnibus bonae fidei iudiciis.

[2]) Nach BGB. § 269 hat eine Leistung für die ein anderer Ort weder bestimmt, noch aus den Umständen, insbesondere der Natur

2. Die rechtliche Bedeutung des Leistungsorts liegt vor allem[3]) darin, daß der Schuldner nur hier zu leisten, der Gläubiger nur hier abzunehmen braucht. Der Schuldner kommt also nur durch die Aufforderung des Gläubigers, am Erfüllungsorte zu leisten, in Verzug; ebenso kommt der Gläubiger nur in Annahmeverzug, wenn der Schuldner ihm die Leistung am Erfüllungsort anbietet (D. 13, 4, 9; 45, 1, 122).

---

des Schuldverhältnisses zu entnehmen ist, an dem Orte zu erfolgen, wo der Schuldner zur Zeit der Entstehung (nicht der Erfüllung) des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz (bei im Gewerbebetriebe des Schuldners entstandenen Verbindlichkeiten seine gewerbliche Niederlassung) hatte. Die Schulden sind also regelmäßig nicht „Bringschulden", sondern „Holschulden". Eine Ausnahme besteht z.B. für Geldzahlungen; diese hat der Schuldner dem Gläubiger nach dessen gewerblicher Niederlassung oder Wohnsitz zur Zeit der Zahlung zu übersenden, ohne daß hierdurch jedoch der gesetzliche Erfüllungsort sich ändert (§ 270; vgl. jedoch für „Präsentationspapiere" § 797 und WO. Art. 4[8], 91).

[3]) Nach CPO. § 29 ist ferner am Erfüllungsorte vertragsmäßiger Verpflichtungen ein „besonderer" Gerichtsstand (sog. forum solutionis) begründet, d. h. der Vertragsschuldner kann auf die Leistung nicht nur in seinem „allgemeinen" Gerichtsstande (Wohnsitz, Aufenthaltsort, Geschäftssitz, CPO. §§ 13 ff.), sondern auch beim Gerichte des Erfüllungsorts verklagt werden. Im älteren rR. hatte die Vereinbarung eines Erfüllungsorts bei Stipulationsschulden sogar die weitere Bedeutung, daß der Schuldner nur an diesem Orte verklagt werden konnte, hier also ein „ausschließlicher" Gerichtsstand (CPO. §§ 12, 40) begründet war. Erst nach Schaffung der actio de eo quod certo loco (S. 387) war die Klage auch im allgemeinen Gerichtsstande des Beklagten zulässig; vgl. D. 13, 4, 1: Alio loco, quam in quem sibi dari quisque stipulatus esset, non videbatur agendi facultas competere. sed quia iniquum erat, si promissor ad eum locum, in quem daturum se promisisset, nunquam accederet (quod vel data opera faceret vel quia aliis locis necessario distringeretur), non posse stipulatorem ad suum pervenire, ideo visum est utilem actionem in eam rem comparare. Bei bonae fidei iudicia konnte der iudex infolge seiner freieren Stellung (S. 391[14]) die Verschiedenheit des Klageorts vom Erfüllungsort bei der condemnatio pecuniaria ohne weiteres berücksichtigen.

b. Erfüllungszeit.

1. Erfüllungszeit oder (wie man nach BGB. § 271 heute sagt) Leistungszeit ist der Augenblick, in welchem der Schuldner seine Leistung bewirken muß und darf, um das Schuldverhältnis zur Lösung zu bringen, in welchem die Schuld „fällig" ist (dies venit, S. 333[2]). Regelmäßig ist jede Schuld mit ihrer Entstehung auch fällig (D. 50, 17, 14: In omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur, gewöhnlich durch den Satz ausgedrückt: „Quod sine die debetur, statim debetur", ebenso BGB. § 271 Abs. 1). Abweichungen hiervon können sich ergeben:

α. aus rechtsgeschäftlicher Bestimmung der Beteiligten (Betagung, zB. Kreditierung des Kaufpreises, Bestimmung einer Kündigungsfrist bei einem Mietvertrage);

β. aus der Natur des Schuldverhältnisses (vgl. zB. ll. 14, 60, 73, 98 § 1, D. 45, 1);

γ. aus ausdrücklicher Gesetzesvorschrift (vgl. zB. BGB. §§ 551, 565, 609, 621).

2. Eine Betagung kann zu Gunsten beider Parteien oder nur des Schuldners oder nur des Gläubigers gemeint sein. Nach rR. (und BGB. § 271 Abs. 2) gilt die Betagung im Zweifel (also mangels einer rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Vorschrift) nur zu Gunsten des Schuldners[4]), d. h. der Gläubiger kann die Leistung nicht vor der bestimmten Zeit verlangen, der Schuldner sie aber vorher bewirken. Der Schuldner darf jedoch in letzterem Falle auf

---

[4]) Vgl. D. 45, 1, 41, 1: Quotiens autem in obligationibus dies non ponitur, praesenti die pecunia debetur, nisi si locus adiectus spatium temporis inducat, quo illo possit perveniri. verum dies adiectus efficit, ne praesenti die pecunia debeatur: ex quo apparet diei adiectionem pro reo esse, non pro stipulatore; ferner D. 50, 17, 17. Ausnahmen finden sich im BGB. in den §§ 609 (die Kündigungsfrist bei verzinslichen Darlehen gilt zu Gunsten beider Teile, bei unverzinslichen nur zu Gunsten des Schuldners), 695 (bei der Verwahrung gilt die vereinbarte Aufbewahrungszeit nur zu Gunsten des Hinterlegers, also des Gläubigers; ebenso schon D. 16, 3, 1, 45 und 46).

Grund der vorzeitigen Zahlung gegen den Willen des Gläubigers sich keine „Zwischenzinsen" (Diskonto, interusurium, commodum repraesentationis) abziehen, selbst wenn der Gläubiger, zB. weil es sich um eine unverzinsliche Schuld handelt, daraus einen Vorteil hat (BGB. § 272).[5])

§ 70. Unmöglichkeit der Leistung.

a. Allgemeines.

Etwas tatsächlich oder rechtlich Unmögliches kann und braucht daher auch nicht geleistet zu werden („ultra posse nemo obligatur"; vgl. D. 50, 17, 185: Inpossibilium nulla obligatio est). Daraus folgt jedoch nicht, daß das auf etwas unmögliches gerichtete Schuldverhältnis ohne alle rechtliche Bedeutung ist. Vielmehr fragt es sich, ob der Schuldner nicht an Stelle des Unmöglichen etwas anderes als Ersatz leisten muß (zB. an Stelle des geschuldeten, aber vor der Leistung verendeten Pferdes dessen Geldwert), sodaß das Schuldverhältnis an sich bestehen bleibt. In dieser Beziehung ist zu unterscheiden:

1. zwischen ursprünglicher, d. h. schon bei Begründung des Schuldverhältnisses vorhandener, und nachträglicher, d. h. erst später eintretender Unmöglichkeit;

---

[5]) Auch die Rückforderung der vorzeitigen Leistung ist ausgeschlossen (D. 12, 6, 10; BGB. § 813 Abs. 2). Zwischenzinsen können also nur auf Grund einer Vereinbarung oder einer besonderen gesetzlichen Vorschrift (vgl. zB. BGB. §§ 1133 Satz 2, 1217 Abs. 2, KO. § 65) abgezogen werden, und es gilt dann nach Reichsrecht die sog. Hoffmannsche Methode, welche den gegenwärtigen Wert einer betagten Forderung auf den Betrag feststellt, der mit Zurechnung der Zinsen hiervon bis zur Fälligkeit den Nennwert der Forderung ergibt. Das rR. legt dagegen in D. 35, 2, 88, 3 (Feststellung des gegenwärtigen Werts eines betagten Vermächtnisses zur Ermittelung, ob dem Erben die quarta Falcidia gewährt ist) die ungenaue (heute sog. Carpzowsche) Methode zu Grunde, wonach die Zwischenzinsen vom Nennwert berechnet und abgezogen werden. Noch genauer als die Hoffmannsche, aber unpraktisch ist die sog. Leibnizsche Methode, die ein Kapital sucht, das mit Zinsen und Zinseszinsen am Fälligkeitstage den Nennwert ergibt.

über erstere ist, da sie nur bei den auf Vertrag beruhenden Schuldverhältnissen in Betracht kommt, unten § 73 c, über letztere, die bei allen Schuldverhältnissen von Bedeutung ist, hier (unten c) zu sprechen;

2. zwischen objektiver d. h. für jeden vorhandener und subjektiver, d. h. in den persönlichen Verhältnissen gerade des bestimmten Schuldners begründeter Unmöglichkeit; in ähnlicher Weise unterscheidet D. 45, 1, 137, 4 „impedimentum naturale" und bloße „facultas dandi" und BGB. § 275 „Unmöglichkeit" und „Unvermögen des Schuldners zur Leistung";

3. vom Schuldner zu vertretende und nicht zu vertretende Unmöglichkeit[1]). Hierüber ist zunächst zu sprechen.

b. Die Vertretungspflicht des Schuldners.

1. Verschulden und Zufall.

Die Frage, welche — eine nachträgliche Leistungsunmöglichkeit herbeiführenden — Umstände vom Schuldner „zu vertreten" sind, d. h. seine Schadensersatzpflicht begründen, oder wie man zu sagen pflegt, für welche Umstände der Schuldner „haftet" (nämlich auf Schadensersatz), ist für jedes Schuldverhältnis besonders zu beantworten (vgl. unten 2). Hier ist zunächst festzustellen, welche Umstände hierbei überhaupt in Betracht kommen. Diese lassen sich den Begriffen Verschulden und Zufall unterordnen. Diese Umstände haben aber nicht nur für schon entstandene Obligationen bei der Frage der Leistungsunmöglichkeit Bedeutung, sondern spielen auch als Begründungselemente von Schuldverhältnissen eine Rolle, so vor allem bei den Schuldverhältnissen aus unerlaubten Handlungen (unten § 114).

---

[1]) So das BGB. Bisher unterschied man: „verschuldete" und „zufällige" Unmöglichkeit, was nicht ganz genau war, da der Schuldner, wie unten S. 459 dargelegt ist, vielfach nicht nur für verschuldete, sondern auch für zufällige Unmöglichkeit und andererseits umgekehrt nicht für jede durch sein Verschulden herbeigeführte Unmöglichkeit haftete.

a. Verschulden.

Verschulden (culpa im weiteren Sinne) ist rechtswidriges Wollen; daher haften (grundsätzlich, S. 447) nur Willensfähige für ihr Verschulden. Der ein Verschulden darstellende Willensfehler kann sein:

a. Vorsatz (dolus), d. h. bewußtes Herbeiführen eines rechtswidrigen Erfolges;

b. Fahrlässigkeit (culpa im engeren Sinne), unbewußtes aber unter Vernachlässigung der erforderlichen Sorgfalt erfolgtes Herbeiführen eines rechtswidrigen Erfolges[2]).

---

[2]) Zu den Begriffsmerkmalen des Vorsatzes gehörte lediglich das Bewußtsein (die Erkenntnis oder Vorstellung) des Handelnden, daß seine Willensbetätigung (sein Handeln oder Unterlassen) einen gewissen Erfolg herbeiführen werde, nicht auch das Wollen dieses Erfolges, die Absicht. Die Unterscheidung von Vorsatz und Absicht ist besonders für das Strafrecht wichtig. So verlangt zB. der Begriff Beleidigung (StGB. §§ 185 ff.) nur Vorsatz des Beleidigers, d. h. Bewußtsein desselben, daß sein Handeln geeignet ist, die Ehre des Betroffenen herabzusetzen, nicht jedoch einen animus iniuriandi, die Absicht, ihn zu kränken; vgl. dagegen StGB. §§ 224, 225 (vorsätzliche Körperverletzung unter Herbeiführung gewisser schwerer Folgen wird höher bestraft, wenn diese Folgen beabsichtigt waren). In den Quellen bedeutet dolus bald Vorsatz, bald Absicht, im engeren Sinne absichtliche Irrtumserregung (Betrug). Zuweilen wird bei vorsätzlichem Handeln in lauterer Absicht (misericordia ductus) der Ausdruck dolus zwecks Abschwächung der Folgen vermieden (D. 4, 3, 7, 7; 11, 3, 5, pr.; 16, 3, 7, pr.).

Durch das Bewußtsein des Handelnden davon, daß ein bestimmter Erfolg eintreten werde, unterscheidet sich der Vorsatz von der Fahrlässigkeit. Der Handelnde braucht nicht gerade das Bewußtsein zu haben, daß der Erfolg eintreten müsse (sog. dolus determinatus); es genügt vielmehr auch der dolus eventualis, d. h. das Bewußtsein, daß der Erfolg eintreten könne, vorausgesetzt, daß der Handelnde auch mit diesem möglichen Erfolg einverstanden ist (sog. dolus eventualis). Wirft zB. A einen Stein aus dem Fenster, der den vorübergehenden B verletzt, so liegt dolus determinatus vor, wenn A sich bewußt ist, daß der Stein den B treffen muß, dolus eventualis, wenn A denkt, der Stein würde an B, den er bloß erschrecken will, vorbeifliegen, aber auch damit einverstanden ist, wenn B vom Steine getroffen wird, Fahrlässigkeit, wenn A meint, der Stein könne B nicht treffen.

In beiden Fällen kann das Verschulden in einem positiven Tun (in faciendo, zB. körperliche Beschädigung eines geliehenen Pferdes) oder in einem pflichtwidrigen Unterlassen (in non faciendo, zB. Nichtfütterung des Pferdes) liegen.

Für die Bestimmung des Maßes der dem Schuldner obliegenden Sorgfalt wird ein doppelter Maßstab angelegt. Grundsätzlich wird ein durch gewisse, allgemein feststehende (abstrakte) Umstände bestimmtes Maß an Sorgfalt verlangt und der Schuldner haftet für Außerachtlassung dieser Sorgfalt eines „normalen" Menschen (BGB. § 276, sog. culpa in abstracto). Bisweilen aber verlangt das Gesetz, daß der Schuldner fremde Angelegenheiten mit der Sorgfalt behandelt, die er auf die eigenen verwendet (sog. diligentia quam suis, sc.: rebus adhibere solet, I. 3, 25, 9); die Vernachlässigung dieser nach den besonderen („konkreten") Verhältnissen des bestimmten Schuldners bemessene Sorgfalt heißt culpa in concreto.

1) Die culpa in abstracto ist die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, der diligentia eines „diligens pater familias" (D. 19, 1, 54, pr.) „quam debent homines frugi et diligentes praestare" (D. 18, 6, 12). Aber nicht in allen Fällen wird dieses Normalmaß von Sorgfalt verlangt. Zuweilen haftet der Schuldner nur für eine gröbliche Nachlässigkeit oder Unachtsamkeit, für „grobe Fahrlässigkeit" (BGB. § 277) oder „culpa lata" (von latus = weitgehend, vgl. D. 50, 16, 213, 2: Lata culpa est nimia neglegentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt), der gegenüber die Vernachlässigung der im Verkehr regelmäßig erforderlichen Sorgfalt als „geringes Versehen", „culpa levis", im BGB. § 276 als „Fahrlässigkeit" schlechthin bezeichnet wird. Sonach kommen für die culpa in abstracto zwei Formen in Betracht: die culpa levis und die culpa lata[3]).

---

[3]) Im klassischen rR. wurde (vor allem bei der Leihe, vgl. zB. D. 13, 6, 5, 3, vgl. auch D. 50, 17, 23, unten Anm. 7) von der Haftung für culpa die Haftung für „diligentia" und für „custo-

2) Bei der Haftung für culpa in concreto ist der Schuldner befreit, wenn er diejenige Sorgfalt angewendet hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (BGB. § 277), auch wenn diese Sorgfalt hinter dem Normalmaß, das ein diligens pater familias anwendet, zurückbleibt. Die Haftung für culpa in concreto bedeutet aber nur eine Herabminderung der Haftung für culpa levis: der für diligentia quam suis einstehende Schuldner haftet dagegen in jedem Falle für grobe Fahrlässigkeit, kann sich

---

dia" unterschieden. Hierbei bedeutete vermutlich culpa die positiv fahrlässige Vernichtung oder Beschädigung einer geschuldeten Sache, diligentia die ordnungsmäßige Benutzung (zB. Fütterung des geliehenen Tieres), custodia die ordnungsmäßige Behütung der geschuldeten Sache (durch Umzäunen, Einschließen). Die praktische Bedeutung dieser Unterscheidung lag zB. darin, daß der Schuldner, der nur für diligentia quam suis haftete, für fahrlässige Sachbeschädigung, also für sein Tun, wie jeder andere Schuldner verpflichtet war, sodaß seine Haftungsverminderung sich nur auf das pflichtwidrige Unterlassen bezog. Im justin. Recht sind diese besonderen Richtungen der Haftung in der allgemeinen Haftung des Schuldners für culpa im Sinne einer Vernachlässigung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt aufgegangen. Wenn auch hier noch von einer besonderen custodia gesprochen wird, so handelt es sich um eine über das durch die Verkehrssitte verlangte Maß hinausgehende Behütungspflicht, die entweder auf einem selbständigen Vertrage (mandatum custodiae, D. 16, 3, 1, 12, locatio conductio custodiae, D. 19, 2, 40) oder einem Nebenvertrage (zB. neben Kauf, I. 3, 23, 3 a) oder auf einer gesetzlichen Sondervorschrift (so für die nautae caupones stabularii und den Übernehmer einer locatio conductio operis) beruhen kann. Wer diese besondere Bewachungspflicht zu leisten hat, haftet für alle durch die Bewachung abwendbar gewesenen Schäden, unter Umständen also auch für Unfälle, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters nicht hätten vermieden werden können und daher gewöhnlich als casus zu betrachten sind. So erklärt sich I. 3, 23, 3 a: Quod si fugerit homo qui veniit aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit, an custodiam eius usque ad traditionem venditor susceperit. sane enim, si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet: si non susceperit, securus erit. Hatte der Verkäufer die custodia über den verkauften Sklaven nicht vertragsmäßig übernommen, dann haftete er nicht, weil Sklaven nicht bewacht zu werden pflegten. Daraus ist aber nicht, wie man ehemals annahm, der Schluß zu ziehen, daß in allen Fällen der custodia Haftung für jeden casus bis zur höheren Gewalt eintrat.

also von der Haftung für diese nicht durch den Nachweis befreien, daß er in eigenen Angelegenheiten ebenso leichtsinnig ist[4]).

β. Zufall.

Zufall (casus) ist ein Umstand, der vom Schuldner nicht verschuldet ist, also von ihm weder vorhergesehen worden ist (Vorsatz) noch vorhergesehen werden mußte (Fahrlässigkeit). Von den zum Begriffe des Zufalls gehörenden Umständen werden besondere Umstände als höhere Gewalt (vis maior, θεοῦ βία) ausgesondert und insofern besonderen Vorschriften unterstellt, als in gewissen Fällen, in denen der Schuldner auch den Zufall zu vertreten hat, diese Vertretung sich auf die Fälle der höheren Gewalt nicht erstreckt (S. 461).[5])

---

[4]) Der nach BGB. § 690 nur für diligentia quam suis haftende unentgeltliche Verwahrer kann zB. wenn er die ihm zur Verwahrung gegebenen Wertpapiere im offenen Wäscheschrank aufbewahrt hatte und sie ihm von hier gestohlen wurden, der Schadensersatzklage des Hinterlegers gegenüber nicht einwenden, daß er seine Wertsachen immer im Wäscheschrank aufbewahre; denn das ist grob fahrlässig.

[5]) Darüber wie die Grenze zwischen dem gewöhnlichen Zufall und der höhereren Gewalt zu ziehen ist und welches das Unterscheidungsmerkmal ist, herrscht Streit. Die römischen Quellen zählen nur einzelne Beispiele auf (vgl. D. 13, 6, 18, pr.: casus, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum, quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidiae, naufragium, incendium, fugae servorum; D. 44, 7, 1, 4: maior casus, cui humana infirmitas resistere non potest, veluti incendium, ruina, naufragium). Seit der Glossatorenzeit stehen sich zwei Ansichten gegenüber.

a. Nach der objektiven oder absoluten Theorie (Exner) ist der Kreis der zur vis maior gehörenden Umstände ein für alle mal bestimmt.

b. Nach der subjektiven oder relativen Theorie lassen sich die zur vis maior gehörenden Ereignisse nicht einheitlich, sondern nur nach dem einzelnen Falle feststellen und es gelten als vis maior nur solche Umstände, deren schädigende Wirkung bei den gegebenen Verhältnissen trotz äußerster Vorsicht vom Schuldner nicht hat abgewendet werden können.

2. Umfang der Vertretungspflicht des Schuldners.

α. Die bei einem Schuldverhältnisse Beteiligten können grundsätzlich die von dem Schuldner zu vertretenden Umstände durch Rechtsgeschäft (Vertrag, letztwillige Verfügung) abweichend von den gesetzlichen Vorschriften bestimmen, also die gesetzliche Haftung erweitern oder verengern mit der Beschränkung, daß ein pactum ne dolus praestetur als unsittlich nichtig ist, d. h. die Haftung für Vorsatz[6]) kann im voraus vertragsmäßig nicht erlassen werden (wohl aber nachträglich); D. 50, 17, 23 (Anm. 7) und ebenso BGB. § 276 Abs. 2.

β. Mangels einer gültigen rechtsgeschäftlichen Bestimmung wird der Kreis der vom Schuldner zu vertretenden Umstände durch das Gesetz geregelt. Hierbei wird das rR.[7]) von dem Grundsatze beherrscht: der Schuldner haftet für dolus und jede culpa (lata wie levis); nur wenn jemand eine Verpflichtung im ausschließlichen Interesse des Gläubigers eingeht, haftet er diesem nur für dolus und

---

[6]) Dem dolus steht mindestens für Vertragsschulden die culpa lata gleich; vgl. D. 50, 16, 226 (magna culpa dolus est), D. 11, 6, 1, 1 (lata culpa plane dolo comparabitur), D. 17, 1, 29, pr. (dissoluta enim neglegentia prope dolum est). Daher kann auch die Haftung für culpa lata nicht vertragsmäßig ausgeschlossen werden. Anders BGB. § 276 Abs. 2.

[7]) Vgl. die Übersicht in D. 50, 17, 23: Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. dolum tantum: depositum et precarium. dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam. societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit (legem enim contractus dedit), excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolus praestetur, hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est: et ita utimur. animalium vero casus mortesque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur.

culpa lata; vgl. D. 30, 108, 12: in contractibus fidei bonae servatur, ut, si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo praestetur. Hiernach haften zB. für jede culpa: Käufer und Verkäufer, Mieter und Vermieter, der Hinterleger (Deponent), Entleiher (Kommodatar), Pfandgläubiger; dagegen haftet nur für culpa lata: der Verwahrer (Depositar), Schenker, Verleiher (Kommodant).

Diese Regel wird aber durch zahlreiche Ausnahmen durchbrochen:

a. Zuweilen tritt eine verminderte Haftung ein.

1) In einzelnen Fällen haftet der Schuldner nur für dolus und culpa lata, obwohl auch er selbst Vorteile aus dem Schuldverhältnisse bezieht, so der Prekarist (dem eine Sache auf beliebigen Widerruf, „precario", geliehen ist, also ohne daß der Verleiher die Verpflichtung übernimmt, sie ihm für eine gewisse Zeit zu überlassen, D. 43, 26, 8, 3) und der Feldmesser (agrimensor, D. 11, 6, 1, 1), selbst wenn er bezahlt wird. Die verminderte Haftung erklärt sich daraus, daß dem Gläubiger gegen Prekaristen und Feldmesser anfänglich keine Kontraktsklage, sondern nur eine Deliktsklage (wegen dolus) zustand.

2) In einigen Fällen tritt eine Erleichterung der Haftung des Schuldners insofern ein, als er, obgleich er Vorteile aus dem Schuldverhältnisse genießt, nicht für jede culpa levis, sondern nur für culpa in concreto haftet. Solche diligentia quam suis hatten nach rR. zu vertreten: der Gesellschafter[8]) und zufällige Gemeinschafter (zB. jeder Miterbe, D. 10, 2, 25, 16), der Ehemann bei Verwaltung des Frauenguts (D. 23, 3, 17, pr.) und der Vormund bei Verwaltung des Mündelvermögens (D. 27, 3, 1, pr.).

[8]) Vgl. D. Pro socio 17, 2, 72: Socius socio etiam culpae nomine tenetur, id est desidiae atque neglegentiae. culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri debet (unten § 104 b).

b. Andererseits tritt bisweilen auch eine erweiterte Haftung ein:

1) Trotz mangelnden Vorteils haftet der Schuldner für culpa levis, so der Mandatar trotz der begrifflichen Unentgeltlichkeit des Mandats nach rR. (C. 4, 35, 11 und 13); der negotiorum gestor (dieser haftet, wenn er ungewöhnliche Geschäfte ohne Auftrag oder Geschäfte trotz Verbots unternimmt, sogar für casus, D. 3, 5, 10, andererseits, wenn die Geschäftsführung zur Abwendung von Schaden unternommen wird, nur für dolus und culpa lata, D. 3, 5, 3, 9); derjenige, der sich zu einem Geschäfte drängt (vgl. D. 16, 3, 1, 35: si se quis deposito obtulit).

2) Unter Umständen haftet der Schuldner für fremdes Verschulden, so für das Verschulden der von ihm zugezogenen Hülfspersonen, regelmäßig aber nur, wenn ihn bei deren Auswahl oder Beaufsichtigung ein Verschulden (culpa in eligendo oder in custodiendo) trifft. Nur der Werkmeister (conductor operis) wird auf Grund von D. 19, 2, 25, 7 für den von seinen Gehülfen verschuldeten Schaden stets haftbar gemacht[9]).

Über die Haftung der nautae, caupones, stabularii für ihre Leute vgl. unten § 103 c, über die actiones noxales unten § 114 c 5.

3) Bis zur höheren Gewalt haften nach rR. nautae, caupones, stabularii für die ihnen zur Beförderung übergebenen und bei ihnen eingebrachten oder eingestellten Sachen; unten § 103 c.

4) Die zufällige Leistungsunmöglichkeit hat der Schuldner dann zu tragen, wenn er den Eintritt derselben durch sein Verschulden (zB. durch Erfüllungsverzug) ermöglicht hat (sog. casus mixtus, im Gegensatz zu dem reinen Zufall casus merus, für den nach dem Grundsatze „casus a

[9]) Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit; unten § 97 b.

nullo praestantur", S. 459[7], grundsätzlich nicht gehaftet wird).[10])

c. Folgen der eingetretenen Leistungsunmöglichkeit.

Hierbei ist zu unterscheiden:

1. Die Unmöglichkeit beruht auf einem vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstande[11]). Dann wird der Schuldner (und damit auch sein Bürge oder Pfandbesteller, vgl. BGB. §§ 767, 1210) seiner Verpflichtung ledig und zwar bei Speziesschulden ohne weiteres (species perit ei,

---

[10]) Nach Reichsrecht haftet der Schuldner, sofern nicht durch Rechtsgeschäft oder Gesetz etwas anderes bestimmt ist, für Vorsatz und (jede) Fahrlässigkeit, die er selbst oder sein gesetzlicher Vertreter oder der von ihm zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit zugezogene Gehülfe begeht (BGB. §§ 276, 278). Es findet aber auch hier teils eine Minderung der Normalhaftung (die jedoch während eines Verzugs des Schuldners fortfällt, § 287) statt; so haften der Schuldner während des Gläubigerverzugs (§ 300), ferner Schenker, Verleiher, Finder nur für dolus und culpa lata (§§ 521, 599, 968); der unentgeltliche Verwahrer, der Gesellschafter, der Ehegatte, der elterliche Gewalthaber (nicht aber wie im rR. der Vormund, § 1833), der Vorerbe nur für diligentia quam suis (§§ 690, 708, 1664, 1686, 2131). Andererseits findet bisweilen eine Verschärfung der Haftung statt. So haften bis zur höheren Gewalt: der Gastwirt, der Eisenbahnbetriebsunternehmer, die Reichspost (BGB. § 701, Reichshaftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871 § 1, Reichspostgesetz vom 28. Oktober 1871 §§ 6, 11); für casus mixtus: der im Verzug befindliche Schuldner (BGB. § 287).

[11]) Ist streitig, ob die Unmöglichkeit der Leistung die Folge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstands ist, so trifft die Beweislast den Schuldner (BGB. § 282). Dies bezieht sich jedoch nur auf schon begründete Schuldverhältnisse. Hier muß der eine nachträgliche Leistungsunmöglichkeit behauptende Schuldner (zB. der Verwahrer, der das Abhandenkommen der Sache behauptet) den ihn von der Leistungspflicht befreienden Umstand (zB. Diebstahl trotz gehöriger Verwahrung) nachweisen, sich „exkulpieren". Anders wenn ein Schuldverhältnis durch den von jemandem zu vertretenden Umstand erst begründet wird (zB. die Schadensersatzpflicht bei vorsätzlicher Körperverletzung). Hier hat nicht der Schuldner sich zu exkulpieren, sondern der Gläubiger muß den vom Schuldner zu vertretenden Umstand zum Nachweise der Entstehung seines Anspruchs erweisen.

cui debetur, S. 434), bei Genusschulden erst, wenn die Gattung nicht mehr vorhanden ist (genus perire non censetur, ebenso BGB. §§ 275 und 279). Bei gegenseitigen Verträgen fällt damit auch der Anspruch auf die Gegenleistung fort; nur beim Kauf erhält der Verkäufer nach rR. (nicht aber nach BGB., oben S. 434[4]) trotz Nichtlieferung der Kaufsache den Kaufpreis (periculum est emptoris, unten § 74[2]).

2. Die Unmöglichkeit beruht auf einem vom Schuldner zu vertretenden Umstande. Dann bleibt das Schuldverhältnis (nebst seinen accessorischen Rechten aus Bürgschaft oder Pfandbestellung) bestehen und der Schuldner hat dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen (BGB. § 280) und einen etwaigen Ersatz oder Ersatzanspruch (zB. gegen den Dieb) abzutreten (D. 18, 1, 35, 4; BGB. § 281).

§ 71. Verzug.

a. Verzug des Schuldners.

1. Begriff und Voraussetzungen.

Verzug[1]) des Schuldners (mora debitoris, mora solvendi, „per debitorem stat, quominus praestetur") ist die auf einem vom Schuldner zu vertretenden Umstande beruhende Nichtleistung einer fälligen und vom Gläubiger eingeforderten Schuld. Voraussetzungen des Leistungsverzugs sind hiernach:

α. Nichtleistung einer fälligen (also nicht bedingten, befristeten, einer Einrede[2]) ausgesetzten) Schuld.

---

[1]) D. 22, 1: De usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora. Mora bedeutet in den Quellen sowohl Verzögerung der Leistung überhaupt (objektive mora), als auch schuldhafte (oder nach der Sprache des BGB., S. 454[1], vom Schuldner zu vertretende) Säumnis, also Verzug (subjektive mora); vgl. die Gegenüberstellung in D. 22, 1, 24, pr.: Si quis solutioni quidem moram fecit, iudicium autem accipere paratus fuit, non videtur fecisse moram: utique si iuste ad iudicium provocavit.

[2]) D. 12, 1, 40 (Lex Lecta, S. 136): non enim in mora est is, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest.

β. Einforderung der Leistung (Mahnung, interpellatio) am gehörigen Ort und zu gehöriger Zeit (D. 45, 1, 49, 3), was auch durch Klageerhebung[3]) geschehen kann; (D. 22, 1, 32, pr.: Mora fieri intellegitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus opportuno loco non solverit; ebenso BGB. § 284 Abs. 1). Nur ausnahmsweise tritt Verzug ohne Mahnung ein („lex interpellat pro homine"), so bei Ansprüchen auf Rückgabe einer dem Gläubiger durch eine unerlaubte Handlung entzogenen Sache (semper moram fur facere videtur, D. 13, 1, 8, 1, ähnlich BGB. §§ 848 ff.), bei Abwesenheit des Schuldners (D. 22, 1, 23, 1) und nach der richtigen Meinung bei Forderungen mit nach dem Kalender bestimmtem Leistungstage („dies interpellat pro homine", ebenso BGB. § 284 Abs. 2).

γ. Vom Schuldner zu vertretende (verschuldete)[4]) Nichtleistung. Die Verzugsfolgen treten zB. nicht ein bei entschuldbarem Irrtum über Fälligkeit und Umfang der Schuld (D. 12, 1, 5, D. 50, 17, 63 und 99), Abwesenheit in Staatsgeschäften und in Gefangenschaft (D. 22, 1, 17, 3 und 23, pr.; ebenso BGB. § 285). Der Schuldner hat seine Schuldlosigkeit zu beweisen (S. 462[11]).

2. Wirkungen des Leistungsverzugs.

Der säumige Schuldner hat dem Gläubiger das Interesse an der rechtzeitigen Leistung zu ersetzen (quanti credi-

---

Auch klaglosen Ansprüchen gegenüber ist Verzug undenkbar; D. 50, 17, 88: Nulla intellegitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est (unten § 72 b 2).

[3]) Ist der Schuldner nicht zu erlangen, Mahnung oder Klage ihm also nicht zuzustellen, so genügt nach rR. eine vor Gericht, Notar oder Zeugen abgegebene Leistungsaufforderung des Gläubigers, um den Schuldner in Verzug zu setzen (testatio, D. 22, 2, 2). Für das heutige Recht vgl. BGB. § 132 Abs. 2 (öffentliche Zustellung).

[4]) Ausnahmsweise treten einzelne Verzugsfolgen auch ohne verschuldete Zögerung ein; so können Minderjährige und der Fiskus von der bloßen Fälligkeit an Zinsen verlangen (D. 31, 87, 1, D. 22, 1, 17, 5); über die gleiche Zinspflicht der Kaufleute untereinander vgl. HGB. § 353, über die Prozeßzinsen S. 409.

toris interest, moram factam non esse, D. 7, 1, 36, 2; 45, 1, 114, ebenso BGB. § 286 Abs. 1). Dagegen gibt der Verzug dem Gläubiger nicht das Recht, vom Vertrage zurückzutreten, es sei denn, daß dieser unter einer Verwirkungsklausel (lex commissoria) geschlossen ist (weitergehend BGB. § 286 Abs. 2, 326, 361).

Zu der Interesseleistung gehört:

α. Die sog. perpetuatio obligationis, d. h. der mit einer Leistung in Verzug geratende Schuldner übernimmt die Gefahr des Untergangs oder der Verschlechterung der geschuldeten Sache, soweit sie bisher den Gläubiger traf. Der Schuldner hat daher vom Verzug an jede durch seine Fahrlässigkeit und selbst die durch Zufall herbeigeführte Leistungsunmöglichkeit zu vertreten, auch wenn er etwa bis dahin nur für culpa lata haftete, falls er nicht beweist, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten wäre (D. 30, 47, 6; ebenso BGB. § 287). Bei unerlaubter Besitzerlangung ist dem Schuldner (zB. dem Dieb oder Räuber) nach rR. dieser Einwand versagt (D. 5, 3, 40, pr.).

β. Die Schadensersatzpflicht (zB. für eingetretene Preisminderung, D. 19, 1, 3, 3; besonders ungünstig ist hierbei der Dieb gestellt, D. 13, 1, 8, 1: er muß den höchsten Wert der fraglichen Zeit ersetzen). Die Höhe des durch den Verzug verursachten Schadens muß an sich der Gläubiger nachweisen. Bei Geldschulden ist er dieser Pflicht überhoben, da ihm bei Zahlungsverzug ohne weiteres Verzugszinsen (im rR. nur aus bonae fidei contractus, D. 22, 1, 32, 2, nicht auch aus stricti iuris contractus) in feststehender Höhe zustehen (bisher 5 %, nach BGB. § 288 4, nach HGB. § 352 bei beiderseitigem Handelsgeschäft 5, nach WO. Art. 50, 51, 98⁶ 6 %). Keine Verzugszinsen sind von Zinsen (S. 444, BGB. § 289), von der Schenkung (D. 39, 5, 22, ebenso BGB. § 522), von Geldstrafen (D. 27, 8, 9), sowie seitens des Fiskus (D. 22, 1, 17, 5, S. 237) zu entrichten; hier muß der Gläubiger also auch bei Geldschulden seinen Schaden nachweisen. Ist von mehreren Gesamtschuldnern einer in Verzug gesetzt, so treten die Wirkungen des Verzugs nur diesem gegen-

über ein (D. 22, 1, 32, 4: alterius mora alteri non nocet; ebenso BGB. § 425, unten § 86 b). Der Bürge haftet für die Folgen des Verzugs des Hauptschuldners (D. 19, 2, 54, pr.; ebenso BGB. § 767).

3. Aufhören des Verzugs (purgatio morae).

Der Verzug des Schuldners wird beseitigt durch vollständige Erfüllung und durch vollständiges Angebot (auch seitens eines Dritten, S. 449), durch welches der Gläubiger in Annahmeverzug versetzt wird (vgl. D. 18, 6, 18); ferner zB. durch bedingte Novation (D. 46, 3, 72, 1) oder Stundung.

b. Verzug des Gläubigers (mora creditoris s. accipiendi, Annahmeverzug).

1. Voraussetzungen

des Gläubigerverzugs sind: Leistungsangebot des Schuldners zu gehöriger Zeit und am gehörigen Orte (D. 46, 3, 39), wenn auch vor dem Fälligkeitstermine (da im Zweifel diei adiectio pro reo est, S. 452[4]) und Nichtannahme seitens des Gläubigers (BGB. §§ 293, 294); dagegen ist nicht, wie beim Schuldnerverzug, „verschuldete Nichtannahme" erforderlich (so Kohler und BGB., anders Dernburg, Windscheid).

Das Leistungsangebot muß in der Regel tatsächlich erfolgen (sog. Realoblation). Zuweilen genügt jedoch ein bloßes wörtliches Angebot (sog. Verbaloblation), zB. wenn der Gläubiger erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde, oder wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, insbesondere wenn der Gläubiger die geschuldete Sache abzuholen hat. Dem Angebote der Leistung steht letzteren Falls die Aufforderung an den Gläubiger gleich, die erforderliche Handlung vorzunehmen (BGB. § 295). Der Schuldner muß aber zur Bewirkung der Leistung zur Zeit des Angebots imstande sein (BGB. § 297).

2. Wirkungen des Annahmeverzugs.

a. Der Schuldner hat während des Annahmeverzugs nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten (D. 18, 6, 5 und 18, BGB. § 300). Daher geht auch bei der

Wahlschuld (D. 45, 1, 105, BGB. § 263 Abs. 2) und der Gattungsschuld (BGB. § 300 Abs. 2) durch Nichtannahme der ordnungsmäßig angebotenen Sache die Gefahr auf den Gläubiger über (vgl. D. 18, 6, 5).

β. Der Schuldner erhält das Recht, sich durch Hinterlegung (unten § 80) zu befreien. Der Zinsenlauf hört jedoch nach rR. (anders BGB. § 301) erst durch die Hinterlegung, nicht schon durch den Eintritt des Verzugs auf[5]). Nicht rechtzeitig vom Gläubiger übernommene Sachen kann er nach älterem rR. sogar einfach fortwerfen (derelinquieren).[6])

γ. Der Schuldner kann Ersatz des ihm durch den Annahmeverzug entstandenen Schadens (zB. Fütterungs- und Aufbewahrungskosten) verlangen (D. 19, 1, 38, 1 und 33, 6, 8; enger BGB. § 304).

3. Der Verzug endet durch nachträgliche Erklärung der Annahmebereitschaft (D. 18, 6, 18, D. 45, 1, 91, 3).

§ 72. Erzwingbarkeit der Schuldverhältnisse.

a. Gerichtliche Geltendmachung der Forderung.

Der normale Weg zur Geltendmachung eines vom Schuldner nicht rechtzeitig befriedigten Anspruchs ist das

---

[5]) Vgl. zB. D. 22, 1, 7: Debitor usurarius creditori pecuniam optulit et eam, cum accipere noluisset, obsignavit ac deposuit: ex eo die ratio non habebitur usurarum. quod si postea conventus ut solveret moram fecerit, nummi steriles ex eo tempore non erunt.

[6]) Vgl. zB. D. 18, 6, 1, 3: Licet autem venditori vel effundere vinum, si diem ad metiendum praestituit nec intra diem admensum est: effundere autem non statim poterit, priusquam testando denuntiet emptori, ut aut tollat vinum aut sciat futurum, ut vinum effunderetur. si tamen, cum posset effundere, non effudit, laudandus est potius. Vgl. dagegen D. 33, 6, 8. Das BGB. gestattet Dereliktion nur bei Grundstücken (§ 303), bewegliche Sachen sind zu hinterlegen (§§ 372, 378), nicht zur Hinterlegung geeignete im Wege des „Selbsthülfeverkaufs" öffentlich zu versteigern (§§ 383 ff.), und es ist dann der Erlös zu hinterlegen.

Angehen der staatlichen Gerichte; der Gläubiger „verklagt" den Schuldner auf die von ihm zu bewirkende Leistung und erzwingt diese, wenn der Schuldner dem ihn verurteilenden (rechtskräftigen oder wenigstens „für vorläufig vollstreckbar erklärten", CPO. § 704) Erkenntnisse nicht Folge leistet, durch die Zwangsvollstreckung. Im älteren rR. wurde das eigentliche Ziel derselben, dem Gläubiger den Leistungsgegenstand zuzuführen, anfänglich nur dann erreicht, wenn es sich um eine Zahlung handelte. Denn jeder sonstige Anspruch (auf Herausgabe einer Sache, Vornahme oder Unterlassung einer Handlung) setzte sich in einen Geldanspruch um, da eine andere Verurteilung als auf Geldzahlung und daher eine Vollstreckung auf den Leistungsgegenstand selbst, eine Realexekution (S. 35), dem älteren rR. unbekannt war (omnis condemnatio pecuniaria est).[1]) Erst in der späteren Kaiserzeit wird eine wahre „Realexekution" zugelassen, aber nur bei den Ansprüchen auf ein exhibere oder restituere (arbitrium de exhibendo oder restituendo, S. 386),[2]) während bei den auf ein facere gehenden Ansprüchen auch im justin. R. nur Geldkondemnation erfolgte (D. 42, 1, 13, 1).[3])

Die Zahlung der Geldsumme, zu welcher der Schuldner im älteren rR. allein verurteilt werden konnte, wurde anfänglich nur mittelbar, durch Zwang gegen die Person

---

[1]) Vgl. G. 4, 48: Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est: itaque et si corpus aliquod petamus, velut fundum, hominem, vestem, aurum, argentum iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, (sed) aestimata re pecuniam eum condemnat.

[2]) Vgl. D. 6, 1, 68 (Ulpian): Qui restituere iussus iudici non paret contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio iudicis ab eo possessio transfertur et fructuum dumtaxat omnisque causae nomine condemnatio fit.

[3]) Heute geht das Urteil und die Zwangsvollstreckung unmittelbar (vgl. CPO. §§ 883 ff.) auf die wirklich geschuldete Leistung. Erst wenn diese nicht zu erlangen ist, tritt die Interesseforderung in Geld ein (CPO. § 893).

des Schuldners (legis actio per manus iniectionem, S. 166), später auch unmittelbar durch Zwangsvollstreckung in sein Vermögen erzwungen, und zwar zuerst nur durch Einweisung des Gläubigers in das Gesamtvermögen (missio in possessionem rei servandae causa, also Konkurs) und erst seit Antoninus Pius durch Pfändung und Verwertung einzelner Vermögensstücke des Vollstreckungsschuldners (pignus in causa iudicati captum, unten § 141 b).

Die Vollstreckung gegen die Person war in gewissen Fällen, in denen eine besondere Milde gegen den Schuldner geboten erschien, unzulässig, sofern der Schuldner durch Erbittung der Einfügung einer exceptio in die Formel („in quantum facere potest debitor", I. 4, 6, 37 und 38) die Beschränkung der Verurteilung auf sein Vermögen nachgesucht hatte. Später wurde in derartigen Fällen auch die Vollstreckung in das Vermögen beschränkt, und zwar ohne daß es der Einfügung einer exceptio bedurft hätte, durch Einwendung gegenüber der Zwangsvollstreckung. Gewissen Schuldnern wurde nämlich das beneficium competentiae, d. h. das Privileg gewährt, daß ihnen von ihren Gläubigern bei der Zwangsvollstreckung das zum notdürftigen Unterhalt („ne egeat") Erforderliche belassen werden mußte (D. 50, 17, 173, pr.). Als in der späteren Zeit die Personalexekution ihre Bedeutung verlor, wurde das erstgedachte „Kondemnationsprivileg" (in quantum facere potest debitor) bedeutungslos, und es erhielt sich nur das „Exekutionsprivileg" (ne egeat debitor). Das beneficium competentiae steht nach rR. (D. 42, 1, 16—25) zu: Eltern gegen ihre Kinder, Ehegatten gegen einander, Soldaten, jüngst aus der väterlichen Gewalt entlassenen Hauskindern, den auf Leistung oder Rückgabe einer Dos Belangten, dem Gesellschafter und dem Schenker, letzterem noch mit der besonderen Milderung, daß bei der Beurteilung der Frage, ob er den Notbedarf behält, nicht, wie in den übrigen Fällen, der Brutto-, sondern der Nettobetrag seines Vermögens zu Grunde gelegt wird („et quidem is solus deducto aere alieno", D. 42, 1, 19, 1); ferner dem Gemeinschuldner im Konkurse, wenn

er seinen Gläubigern sein Vermögen übereignet hat (cessio bonorum).[4])

b. Außergerichtliche Geltendmachung der Forderung.

In gewissen Fällen ist neben der gerichtlichen auch eine außergerichtliche Geltendmachung der Forderung zulässig; in Betracht kommen hierbei die Selbsthülfe (oben S. 375), die Aufrechnung (unten § 81) und das hier (unten 1) zu besprechende Zurückbehaltungsrecht. In anderen Fällen ist eine klageweise Geltendmachung einer an sich als rechtsbeständig anerkannten Forderung nicht zulässig, wohl aber ihre außergerichtliche Befriedigung (natürliche Verbindlichkeiten, unten 2).

1. Das Zurückbehaltungsrecht.

a. Der Schuldner darf unter gewissen Voraussetzungen die geschuldete Leistung verweigern, diese also zurückhalten (BGB. § 273) nämlich:

a. wenn er seinerseits einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger hat; und ferner

b. wenn diese gegenseitigen Ansprüche konnex sind, d. h. demselben rechtlichen Verhältnis entspringen. Trotz vorhandener Konnexität ist bisweilen ausnahmsweise das Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen (so kann nach rR.

---

[4]) Das BGB. hat das beneficium competentiae beseitigt; vgl. jedoch die ähnlichen Vorschriften der §§ 519, 529, 829 (Schenkung, Entschädigungspflicht nicht deliktsfähiger Personen).

Das beneficium competentiae beruhte auf den persönlichen Verhältnissen der Parteien, es war daher höchst persönlich, stand also nur dem Schuldner selbst, nicht zB. seinem Bürgen zu (D. 42, 1, 24, pr.: Et si fideiussor acceptus sit rei vel actionis, non proderit, si persona, pro qua fideiussit, in quantum facere potest, condemnanda est). Dagegen beruhen die Exekutionsbeschränkungen der §§ 811, 812, 850—852 CPO. (Unpfändbarkeit gewisser Sachen und Forderungen) auf dem sozialpolitischen Grunde, daß eine völlige Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz des Schuldners durch den Gläubiger verhindert werden muß, kommen also jedem Schuldner zugute.

— anders nach BGB. — der Verwahrer die verwahrte Sache, zB. wegen Verwendungen, nicht zurückhalten, C. 4, 34, 11), und andererseits trotz nicht vorhandener Konnexität gewährt beim sog. pignus Gordianum[5]).

β. Das Retentionsrecht ist wie die Aufrechnung ein Anwendungsfall der exceptio doli generalis (S. 400[6], Dolo facit, qui petit quod redditurus est, D. 44, 4, 8, pr.). Für das Vorhandensein dieses Gegenrechts ist der Beklagte beweispflichtig. Es dient aber nur zur Sicherstellung des Schuldners, der davor bewahrt werden soll, daß er eine Leistung bewirken muß, während eine mit dieser im rechtlichen Zusammenhange stehende, ebenfalls fällige Gegenleistung noch aussteht; die Aufrechnung dagegen tilgt die einander gegenüberstehenden Forderungen[6]). Wie jede Einrede (S. 397) ist das Zurückbehaltungsrecht nur auf Verlangen des Beklagten, nicht von Amts wegen zu berücksichtigen (vgl. BGB. §§ 273, 274).

---

[5]) Gordian verordnete (239 n. Chr.) in C. 8, 26, 1, 2: Ac si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris. Danach sollte der Pfandgläubiger nach Tilgung der durch das Pfand gesicherten Forderung an diesem wegen etwaiger anderer persönlicher (sog. chirographarischer, d. h. bloßer Schuldschein-) Forderungen ein Zurückbehaltungsrecht haben (unten § 144 b 1 α). Das BGB. hat diesen Fall eines Zurückbehaltungsrechts wegen nicht konnexer Forderungen nicht übernommen und andere Ausnahmefälle nicht geschaffen, wohl aber das HGB. § 369 (Anm. 6).

[6]) Retention und Kompensation unterscheiden sich auch in ihren Voraussetzungen: die aufzurechnenden Ansprüche brauchen nicht konnex, müssen aber gleichartig sein, Voraussetzung der Retention dagegen ist gerade umgekehrt Konnexität, nicht aber Gleichartigkeit.

Besonders gestaltet nach Voraussetzungen und Wirkungen ist das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht (HGB. §§ 369 ff.). Es setzt nicht Konnexität der gegenseitigen Ansprüche voraus (§ 369), kann unter Umständen auch wegen nicht fälliger Forderungen geltend gemacht werden (§ 370) und dient nicht nur zur Sicherstellung, sondern auch zur Befriedigung des Gläubigers (§ 371). Es besteht andererseits nur unter Kaufleuten wegen Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften (§ 369).

2. Die natürlichen Verbindlichkeiten.

Natürliche Verbindlichkeiten (obligationes tantum naturales, D. 20, 1, 5, pr., im Gegensatze zu den obligationes civiles, unvollkommene Schuldverhältnisse) sind solche, welche zwar nicht durch Klage erzwungen, aber vom Schuldner freiwillig erfüllt werden können, also „zahlbar aber nicht klagbar" (Brinz) sind. Da sie abgesehen von ihrer Klaglosigkeit rechtsbeständig sind, ist eine Rückforderung des auf sie in Unkenntnis ihrer Klaglosigkeit Geleisteten mit der condictio indebiti (unten § 113 b) ausgeschlossen (D. 46, 1, 16, 4); das in Kenntnis ihrer Klaglosigkeit Geleistete gilt nicht als Schenkung (D. 39, 5, 19, 4: Si quis servo pecuniam crediderit, deinde is liber factus eam expromiserit, non erit donatio, sed debiti solutio); die natürliche Verbindlichkeit kann unter Umständen zur Aufrechnung benutzt werden (D. 16, 2, 6: Etiam quod natura debetur, venit in compensationem) und als Grundlage dienen für eine Novation (D. 46, 2, 1, 1), ein Zahlungsversprechen (D. 13, 5, 1, 7), ein Pfandrecht (D. 20, 1, 5, pr.) und eine Bürgschaft (D. 46, 1, 60). Die Klaglosigkeit, aber Erfüllbarkeit ist jedoch das einzige gemeinsame Merkmal der Naturalobligationen. Im übrigen untersteht jeder der hierunter zusammengefaßten Fälle besonderen Vorschriften und nicht alle natürlichen Verbindlichkeiten haben alle vorbezeichneten Folgen.

Aus dem rR. kommen als Naturalobligationen in Betracht:

α. Die Verträge der Bürger mit Sklaven und der Sklaven untereinander (D. 12, 6, 13, pr., D. 44, 7, 14), ferner die Verträge des Hausvaters mit seinen Gewaltunterworfenen und dieser untereinander, besonders mit Beziehung auf ihr peculium profecticium (S. 287); vgl. hierüber die berühmte crux (S. 135) „Frater a fratre", D. 12, 6, 38.

β. Die von impuberes ohne tutoris auctoritas (S. 277) abgeschlossenen Rechtsgeschäfte verpflichten sie an sich nicht einmal „naturaliter"; vgl. D. 12, 6, 41: Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit

solverit, repetitio est, quia nec natura debet. Dennoch sind diese Geschäfte Naturalobligationen, denn sie können nicht nur von den verpflichtungsfähig gewordenen Schuldnern oder mit Genehmigung des Vormunds und von dritten gezahlt, in eine Stipulationsschuld umgeschaffen (noviert) und anerkannt werden, sondern bilden auch eine genügende Unterlage für Pfand- oder Bürgschaftsbestellung durch dritte.

γ. Darlehnsschulden der Hauskinder sind nur Naturalobligationen; denn der condictio mutui kann die exceptio SC. Macedoniani (unten § 95 b) entgegengesetzt werden. Sie sind andererseits zahlbar (D. 12, 6, 26, 9 und 40, pr.) und geben für Pfandbestellung, Bürgschaft, Erfüllungsversprechen durch dritte oder die hausunabhängig gewordenen Schuldner eine Grundlage ab (D. 14, 6, 9 bis 11). Ob Darlehnsschulden der Hauskinder auch zur Aufrechnung benutzt werden können, ist streitig. Auf diesen Fall stützen die Quellen den Satz, daß eine naturalis obligatio stets übrig bleibe, wenn die die Klaglosigkeit herbeiführende Einrede nicht „in favorem debitoris", sondern „in odium creditoris" gewährt sei (D. 12, 6, 40, pr.).

δ. In einigen Fällen sinkt eine von vornherein vollgültige Schuld zu einer klaglosen Naturalobligation herab, insbesondere durch capitis diminutio minima (S. 223, D. 4, 5, 2, 2), durch Verjährung (S. 368) und ungerechtfertigte Abweisung des Klägers (D. 12, 6, 28 und 60, pr.; vgl. dagegen jedoch D. 20, 6, 13).

ε. Endlich erkennt das rR. in einzelnen Fällen an, daß eine ohne rechtliche Grundlage, aber in Erfüllung einer der Sitte und dem Anstand entsprechenden Pflicht gemachte Leistung nicht zurückgefordert werden kann; so formlos versprochene[7]) und deshalb klaglose Zinsen (D. 13, 7, 11, 3, D. 46, 3, 5, 2) und die in der irrigen Annahme des Be-

[7]) Ob auch in anderen Fällen die wegen Fehlens einer causa civilis klaglosen nuda pacta als Naturalobligationen zu behandeln sind, ist für das rR. streitig; vgl. BGB. § 125: „Ein Rechtsgeschäft, welches der durch das Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig".

ſtehens einer Verpflichtung gewährte dos (D. 12, 6, 32, 2: Mulier si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit: sublata enim falsa opinione relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest).[8]) Vgl. auch noch D. 12, 6, 26, 12 über die operae eines Freigelaſſenen (oben S. 210).

Zweiter Abſchnitt.
Schuldverhältniſſe aus Verträgen.

---

§ 73. Erſter Titel. Begründung. Inhalt des Vertrags (BGB. §§ 305—319).

a. Allgemeines.

1. Zur rechtsgeſchäftlichen Begründung und Änderung eines Schuldverhältniſſes iſt nach rR. grundſätzlich ein Vertrag (Schuldvertrag) erforderlich (ebenſo BGB. § 305). Nur ausnahmsweiſe entſteht eine obligatoriſche Verpflichtung durch einſeitige Erklärung des Schuldners (pollicitatio).[1])

---

[8]) Auch das BGB. behandelt die natürlichen Verbindlichkeiten nicht als ein beſonderes, einheitlichen Regeln unterſtehendes Rechtsinſtitut, ſondern ordnet nur einzelne Fälle; vgl. vor allem den mit dem Fall a übereinſtimmenden § 814 (keine Rückforderung, wenn die Leiſtung einer ſittlichen Pflicht oder einer auf den Anſtand zu nehmenden Rückſicht entſpricht) und ferner §§ 222, 656, 762 (keine Rückforderung des auf eine verjährte Schuld, einen Ehemäklerlohn, eine Spiel- oder Wettſchuld Geleiſteten); vgl. BGB. § 1624 und KO. § 193.

[1]) Der Begriff der Verträge beſchränkt ſich, wie ſchon S. 269 erwähnt, nicht auf das Schuldrecht. Beſonders wichtig iſt das Auseinanderhalten des Schuldvertrags und des dinglichen Vertrages. Durch den Schuldvertrag wird eine obligatoriſche Verpflichtung zu einer Leiſtung begründet (A iſt auf Grund eines mit B geſchloſſenen Kauf-

α. Durch votum, d. h. durch einseitiges Versprechen zu einem frommen Zweck wird eine — ursprünglich nur sakrale, später auch klagbare — Verpflichtung begründet (D. 50, 12, 2).

β. Verpflichtend ist ferner das aus einer gerechtfertigten Veranlassung (besonders ob honorem, aber auch propter incendium vel terrae motum vel aliquam ruinam, quae rei publicae contingit, D. 50, 12, 4) erfolgende Schenkungsversprechen zu Gunsten einer Stadtgemeinde. Ohne eine solche iusta causa haftet der Versprechende nur, wenn die versprochene Leistung mindestens schon begonnen ist[2]).

Über die dotis dictio und die iurata operarum promissio vgl. unten S. 476[4]. [3])

---

vertrags zur Übergabe des verkauften Pferdes persönlich verpflichtet); durch den dinglichen Vertrag wird diese Leistung bewirkt, die Verpflichtung erfüllt, die durch den Schuldvertrag in Aussicht genommene Vermögensverschiebung dinglich vollzogen (A übergibt dem B in Erfüllung des Kaufvertrags das verkaufte Pferd; erst hierdurch wird B Eigentümer des Pferdes). Die Wirkung des rechtsbeständigen dinglichen Vertrags ist von der Rechtsbeständigkeit des Schuldvertrags unabhängig; insofern sind die dinglichen Verträge abstrakte Rechtsgeschäfte (B wird auch dann Eigentümer des ihm zu Eigentum übergebenen Pferdes, wenn das Kaufgeschäft nichtig ist; vgl. S. 272 und unten § 123 b 1).

Als (abstrakte) dingliche Verträge behandelt das BGB. den Forderungserlaß (§ 397), die Abtretung (§ 398), die Schuldübernahme (§ 414), die auf Eigentumsübertragung und Belastung eines Grundstücks sowie auf Übertragung oder Belastung des Rechts an einem Grundstücke gehende „Einigung" der Beteiligten (§ 873, vgl. § 875), endlich auch die Übergabe einer beweglichen Sache (§ 929).

[2]) Vgl. D. 50, 12, 3, pr.: Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum. et ideo illud est constitutum, ut, si ob honorem pollicitatio fuerit facta, quasi debitum exigatur. sed et coeptum opus, licet non ob honorem promissum, perficere promissor eo cogetur, et est constitutum. An anderen Stellen bedeutet pollicitatio übrigens (formlosen) Vertrag, zB. D. 18, 1, 43, 1, C. 8, 37, 5, so anscheinend bei der pollicitatio dotis, C. 5, 11, 6; unten § 148 a 3 β.

[3]) Eine weitaus größere Bedeutung haben einseitige Verpflichtungserklärungen im modernen Recht; vgl. aus dem BGB. §§ 81, 82 (Verpflichtung eines Stifters), 657, 658 (Auslobung), 783 (Anweisung),

2. Zur Begründung oder Änderung eines Schuldvertrags gehört bisweilen die Beobachtung einer gewissen Form (unten b). Auch der Inhalt des Schuldvertrags muß gewissen Erfordernissen entsprechen (unten c).

b. Begründung des Schuldvertrags.

Das ältere römische Schuldrecht beruhte auf dem Gegensatze von contractus und pactum. Nicht jedes duorum pluriumve in idem placitum et consensus (D. 2, 14, 1, 2, S. 269) begründete eine klagbare Verpflichtung. Vielmehr war Voraussetzung der Klagbarkeit und damit der Vollwertigkeit eines Schuldvertrags, daß er unter Beobachtung einer bestimmten Rechtsform (causa civilis) geschlossen war. Nur dann lag ein mit civilrechtlicher actio ausgestatteter Schuldvertrag (contractus) vor. Den contractus gegenüber hießen die einer causa civilis entbehrenden, daher — wenigstens nach Civilrecht, unten 2 — klaglosen Verträge: pacta.

1. Contractus.

Als causae civiles kommen im entwickelten rR. in Betracht (I. 3, 13, 2): verba, litterae, res, consensus. Danach sind vier Gruppen von contractus zu unterscheiden: Verbalkontrakte, begründet in einer gewissen Wortform, Litteralkontrakte, beruhend auf einer Schriftform, Realkontrakte, d. h. auf Rückgabe gehende Schuldverträge, bei denen die Verpflichtung zur Rückgabe durch die Hingabe begründet wird, und Konsensualkontrakte, bei denen ausnahmsweise die bloße Willenseinigung einen klagbaren Schuldvertrag erzeugt.

a. Verbalkontrakte.

Der wichtigste[4]) und im späteren Rechte — wenigstens

---

793 (Ausstellung von Schuldverschreibungen auf den Inhaber). Vgl. ferner S. 319 über die bindende Kraft der Offerte.

[4]) Andere Verbalkontrakte sind, abgesehen von dem nur dem ältesten ius civile angehörenden nexum (S. 154): das eidliche Versprechen eines Freigelassenen zur Leistung von Diensten iurata ope-

für die Begründung[5]) von Schuldverhältnissen — allein noch bedeutungsvolle Verbalkontrakt ist die Stipulation.

a. Stipulatio[6]) ist ein Formalvertrag, der geschlossen wird durch eine Anfrage des Gläubigers (reus stipulandi, stipulator; stipulari = ausbedingen, sich versprechen lassen) an den Schuldner, ob er sich zu einer bestimmten Leistung verpflichte, und der bejahenden, mit der Frage wörtlich übereinstimmenden Antwort des Schuldners (reus promittendi, promissor). Ursprünglich waren bestimmte Wortformeln vorgeschrieben. Die älteste, von einer Weinspende (σπονδή, unter Selbstverwünschung für den Fall des Vertragsbruchs) begleitete religiöse und daher nur unter römischen Bürgern anwendbare Form war die sponsio (S. 159): „Decem dare spondes?" „Spondeo". Später konnten irgend welche Formeln verwendet werden; nur blieb die sponsio als Form des ius civile stets auf römische Bürger beschränkt. Bei Beteiligung von Peregrinen verwendete man die Ausdrücke promittis? dabis? facies? usw. Die Vertragschließenden konnten sich nunmehr aber auch einer

---

rarum promissio, S. 210) und das mündliche Versprechen einer Mitgift (dotis dictio) seitens einer Frau oder des von ihr angewiesenen Schuldners oder eines ihrer Vorfahren väterlicherseits. Beide Akte bedurften nicht der Stipulationsform (Frage und Antwort), um den Versprechenden zu verpflichten, vielmehr genügte seine einseitige formelle Erklärung. Sie werden von manchen aber doch als Verträge behandelt, weil der Erklärungsempfänger anwesend sein und somit die Erklärung, wenn auch nur stillschweigend, annehmen mußte. Andere dagegen zählen diese Vorgänge zu den Fällen gültigen einseitigen Versprechens (S. 475).

[5]) Wohl aber erhielt sich für die Aufhebung von Schuldverhältnissen ein der stipulatio genau entsprechender Wortvertrag, die acceptilatio. Hierbei fragt der bisherige Schuldner den Gläubiger, ob er befriedigt sei (Quod ego tibi promisi, habesne acceptum? Acceptum habeo). Vgl. unten § 82.

[6]) Vgl. I. 3, 15: De verborum obligatione, D. 45, 1: De verborum obligationibus, C. 8, 37: De contrahenda et committenda stipulatione, G. 3, 92—109. Über die Bedeutung des Wortes stipulatio sagt I. 3, 15, pr.: quae hoc nomine inde utitur, quia „stipulum" apud veteres „firmum" appellabatur, forte a stipite (Stamm) descendens.

anderen als der lateinischen Sprache, ja für Frage und Antwort sogar verschiedener Sprachen bedienen, sofern nur alle Beteiligten dieser kundig waren (D. 45, 1, 1, 6). Endlich wurde durch ein Gesetz des Kaisers Leo (472 n. Chr., C. 8, 37, 10) die Verwendung bestimmter Wortformen überhaupt für unerheblich erklärt[7]).

Über die Stipulation pflegte eine Urkunde (cautio) aufgenommen zu werden, welche entweder nur (abstrakt) den Stipulationsvorgang selbst bezeugte (cautio indiscreta s. quae indiscrete loquitur) oder außerdem auch das der Verpflichtung zu Grunde liegende Rechtsgeschäft wiedergab (cautio discreta). In der republikanischen Zeit pflegte die cautio in der dritten, in der Kaiserzeit in der ersten Person[8]) abgefaßt zu werden (S. 105[6]). Allmählich trat das geschriebene Wort völlig an die Stelle des gesprochenen. War eine cautio aufgenommen, so wurden die Stipulationsförmlichkeiten als geschehen fingiert (I. 3, 20, 8: „ut, quodcumque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum"). Damit wandelte sich der Verbalkontrakt tatsächlich in einen Litteralkontrakt um, nur daß die Parteien ihn persönlich abschließen mußten. Der Gegenbeweis gegen eine durch cautio bezeugte Stipulation war schließlich nach Justinians Vorschrift nicht mehr dahin zulässig, daß die

---

[7]) I. 3, 15, 1 . . . sollemnia verba olim quidem in usu fuerunt: postea autem Leoniana constitutio lata est, quae sollemnitate verborum sublata sensum et consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat, licet quibuscumque verbis expressus est.

[8]) Vgl. zB. die „Lex Lecta" (eine crux, S. 135, D. 12, 1, 40 Paulus): Lecta est in auditorio Aemilii Papiniani praefecti praetorio iuris consulti cautio huiusmodi: „Lucius Titius scripsi, me accepisse a Publio Maevio quindecim mutua numerata mihi de domo et haec quindecim proba recte dari kalendis futuris stipulatus est Publius Maevius, spopondi ego Lucius Titius".

Eine solche cautio heißt „discreta" weil sie die causa debendi (hier Darlehen) „bestimmt" angibt. Der Sprachgebrauch ist für den Anfänger mitunter verwirrend, weil wir als „diskret" gerade umgekehrt einen Vorgang bezeichnen, der verhüllt bleiben soll, oder einen Menschen, der nicht sagt, was er weiß.

Stipulationsförmlichkeiten nicht beobachtet seien, sondern nur dahin, daß eine der in der cautio aufgeführten Personen zur Ausstellungszeit sich nicht am Ausstellungsorte befunden habe (C. 8, 37, 14, 2, I. 3, 19, 12).

b. Aus der vorstehend geschilderten Form der stipulatio ergeben sich als Voraussetzungen ihrer Gültigkeit:

1) Beide Parteien müssen persönlich während des ganzen Vorgangs[9]) zugegen sein und einander verstehen können. Taube und Stumme können daher keine Stipulation abschließen (D. 45, 1, 1, pr.; S. 281).

2) Anfrage des Gläubigers und Erklärung des Schuldners müssen ursprünglich dem Inhalte nach genau

---

[9]) Das rR. kannte selbst in seiner spätesten Entwickelung keine unmittelbare Stellvertretung beim Abschlusse von Schuldverträgen (S. 336), ebensowenig Verträge zu Gunsten dritter (unten § 75 a). Bezüglich der Stipulation insbesondere galt der Satz (D. 45, 1, 38, 17): Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur. Dagegen konnte der stipulator bei Abschluß der Stipulation einen Nebengläubiger (adstipulator) zuziehen. Dem promissor gegenüber waren stipulator und adstipulator Gesamtgläubiger (unten § 86 c), jeder konnte die Stipulationsschuld allein und im eigenen Namen geltend machen. Zu einander standen stipulator und adstipulator dagegen im Verhältnisse von Auftraggeber und Beauftragtem (G. 3, 110 ff.). Der adstipulator hatte also die Stellung eines fiduziarischen Gläubigers (S. 291[4]). Das zweite Kapitel der lex Aquilia (unten § 114 b 3), das nach Einführung der actio mandati directa „in desuetudinem abiit" (D. 9, 2, 27, 4), gab eine Ersatzklage strafrechtlicher Natur gegen den adstipulator, der mit dem Schuldner „in fraudem creditoris" einen Erlaßvertrag (acceptilatio) abgeschlossen hatte. Über den Unterschied zwischen adstipulator und solutionis causa adiectus vgl. unten § 79 a 2.

Der Zweck der adstipulatio war einmal, die im früheren Rechte beschränkte Stellvertretung im Prozesse zu ermöglichen; ferner wurde dadurch die Unmöglichkeit einer stipulatio post mortem suam, d. h. zu Gunsten seiner Erben („ab heredibus incipere obligationem non posse"), umgangen (G. 3, 117). Im justinianischen Rechte ist die adstipulatio mit Beseitigung der ihre Verwendung veranlassenden Gründe (hinsichtlich der stipulatio post mortem vgl. l. un. C. 4, 11, S. 500) fortgefallen.

Auch auf der Schuldnerseite können neben dem Hauptschuldner andere Personen als Nebenschuldner (adpromissores) zugezogen werden, besonders zum Zwecke der Verbürgung; unten § 107 c.

übereinstimmen. Nach klassischem Rechte (D. 45, 1, 1, 4) gilt bei Abweichung zwischen Frage und Antwort dem Umfange nach der Vertrag soweit, als Übereinstimmung vorliegt, für geschlossen. Geht aber zB. die Frage auf eine bedingte, die Antwort auf eine unbedingte Verpflichtung, so kommt ein Vertrag überhaupt nicht zustande.

c. Die Wirkung der rechtsgültigen Stipulation ist: der Schuldner ist aus seinem Wort und nach Maßgabe seines Worts verpflichtet. Das bedeutet: die Stipulation begründete eine selbständige (abstrakte) und in sich genau bestimmte (strikte) Verpflichtung des Schuldners.

1) Die Stipulation begründete eine abstrakte Verpflichtung des Schuldners. Der Gläubiger stützte sich bei Geltendmachung des durch die Stipulation für ihn geschaffenen Rechts ausschließlich auf die stipulatio, ohne etwa das Geschäft darlegen zu müssen, welches die Veranlassung zum Abschlusse der stipulatio gegeben hatte. Der Schuldner haftete aus seiner formellen Erklärung genau so, wie heute der Acceptant eines gezogenen Wechsels aus seinem Accept.

Allmählich trat jedoch eine Abschwächung der abstrakten Natur der Stipulation ein. Zunächst konnte der Schuldner, wie bei jeder abstrakten Verpflichtung (S. 272), nachweisen, daß der durch die Stipulation formell bewirkte Rechtserwerb materiell fehlerhaft war. Hierbei sind zwei Fälle zu unterscheiden. Die Stipulation (und die Ausstellung der cautio) kann erfolgen entweder wegen eines in der Vergangenheit liegenden Grunds, zB. bei Umwandelung (unten § 78 b) einer Kauf- oder Mietschuld in eine Stipulationsschuld (sog. stipulatio debiti), oder in Erwartung eines zukünftigen Umstands, zB. es wird die Rückzahlung einer Summe versprochen, die der Versprechende von dem stipulator als Darlehen erhalten soll (sog. stipulatio ob causam). Der Versprechende konnte nun im ersten Falle bei Ungültigkeit des unterliegenden Geschäfts mit einer condictio indebiti, im letzteren Falle bei Nichteintritt des vorausgesetzten Umstands mit einer condictio causa data causa non secuta sein Versprechen anfechten. Machte der

Stipulator das Versprechen klageweise geltend, so konnte der beklagte Promissor der Klage mit einer exceptio doli generalis (S. 399[6]) entgegentreten. In dem häufigen Falle, daß ein Rückzahlungsversprechen abgegeben wurde, bevor der Versprechende die Zahlung empfangen hatte, bezeichnete man die gegen die Rückzahlungsklage gerichtete exceptio doli als exceptio non numeratae pecuniae, die noch besonderen Vorschriften unterlag[10]).

Solange sich nun die Beweislast hierbei so regelte, daß der stipulator als genügenden Klagegrund nur den Abschluß der Stipulation durch Vorlegung der cautio nachzuweisen brauchte und der promissor seine Einwendungen beweisen mußte, blieb die abstrakte Natur der Stipulation immer noch gewahrt. Im Corpus iuris finden sich aber Stellen, aus deren Wortlaute zu folgern ist, daß nach justinianischem Rechte nur eine cautio discreta genügender alleiniger Klagegrund war, während eine cautio indiscreta für sich keinen Klagegrund bildete, sodaß der stipulator noch die „unterliegende causa" beweisen mußte. Damit war die Stipulation aus einem abstrakten zu einem kausalen Rechtsgeschäfte geworden[11]).

---

[10]) Weil Darlehnsempfangsscheine vielfach vor erfolgter Auszahlung des Darlehns ausgehändigt wurden, wurde in der Kaiserzeit bestimmt, daß sie erst mit Ablauf einer bestimmten Zeit nach Ausstellung den Empfang des Darlehns beweisen sollten, und auch dann nur, sofern der Aussteller sie nicht inzwischen (mit der querela oder protestatio non numeratae pecuniae) angefochten haben würde. Diese Frist betrug bis Diokletian 1 Jahr, dann 5 Jahre, seit Justinian 2 Jahre (C. 4, 30: De non numerata pecunia; vgl. I. 3, 21). Ebenso wie Darlehnsschuldscheine (und Empfangsbekenntnisse in Dotalverträgen, unten § 148[4]) erlangten umgekehrt auch Quittungen des Gläubigers (apochae) über den Rückempfang eines Darlehns erst nach Ablauf einer gewissen Zeit (nämlich von 30 Tagen) seit Ausstellung Beweiskraft (C. 4, 30, 14, 1 und 2; unten § 79[6]). Diese Vorschriften sind durch EGCPO. § 17 beseitigt und in das BGB. nicht übergegangen; vgl. jedoch § 1139.

[11]) In C. 4, 30, 3 ist dem aus einer stipulatio ob causam und einer darüber errichteten cautio klagenden Gläubiger der Beweis aufgebürdet, wenn der Beklagte den Empfang der zurückgeforderten Summe bestreitet: „Si ex cautione tua, licet hypotheca data,

2) Die Stipulation war ein negotium stricti iuris (S. 390), begründete also eine streng einseitige, nach Art und Umfang genau bestimmte („strikte") Schuld. Daher haftete der promissor nur auf das ausdrücklich Versprochene, also mangels besonderen Versprechens weder für Verzugszinsen noch für Früchte noch für sonstigen Schadensersatz, falls er seine Verpflichtung schuldhafterweise nicht oder nicht rechtzeitig erfüllte. Ja selbst für dolus wurde nur gehaftet, wenn die doli clausula („dolum malum huic rei promissionique abesse abfuturumque esse", D. 45, 1, 121, pr., oder „ex fide bona" oder „recte dari fieri") in die Stipulation aufgenommen war. Während bei den bonae fidei negotia die dem Hauptgeschäfte beim Abschlusse zugefügten formlosen Nebenabreden über Art, Ort und Zeit

---

conveniri coeperis, exceptione opposita seu doli seu non numeratae pecuniae compelletur petitor probare pecuniam tibi esse numeratam: quo non impleto absolutio sequetur". In D. 22, 3, 25, 4 scheint Paulus jedoch ganz allgemein dem aus einer cautio indiscreta klagenden Gläubiger die Beweislast dafür aufzulegen, daß die darin bezeichnete Schuld rechtsgültig besteht. „Sed haec, ubi de solutione indebiti quaestio est. sin autem cautio indebite exposita esse dicatur et indiscrete loquitur, tunc eum, in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit, nisi ipse specialiter qui cautionem exposuit causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit: tunc enim stare eum oportet suae confessioni, nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit esse haec indebite promisisse". Nach der herrschenden Meinung ist diese Stelle bei der Aufnahme in die Digesten mit Rücksicht auf C. 4, 30, 3 verändert (interpoliert, S. 135) worden.

Die ältere gemeinrechtliche Lehre hielt demgemäß daran fest, daß ein Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis ohne Angabe des Verpflichtungsgrunds kein selbständiges Klagefundament bilde, erkannte also nur kausale Schuldverträge an. Erst in neuerer Zeit sind (insbesondere von Otto Bähr in seinem epochemachenden Werke „Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund", 1855) die abstrakten Schuldverträge zu neuem Leben erweckt worden. Diese Theorie ist im BGB. zur gesetzlichen Anerkennung gelangt. Nach den §§ 780—782 können durch schriftliches oder auf Grund einer Abrechnung oder im Wege des Vergleichs erteiltes mündliches Schuldversprechen (stipulatio ob causam) und Schuldanerkenntnis (stipulatio debiti) abstrakte Schuldverpflichtungen begründet werden (unten § 109).

der Erfüllung (pacta in continenti adiecta, unten S. 490) gültig waren, galt bei der Stipulation nur das in diese Aufgenommene (S. 480). Freilich konnte zur Auslegung der Bedeutung einer Stipulation auch auf das bei ihrem Abschlusse Verhandelte Rücksicht genommen werden. Das bedeutet der Satz der lex Lecta (D. 12, 1, 40, S. 136): „pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur".

Die Stipulation war eine für alle Arten von Schuldverpflichtungen verwendbare Rechtsform. Die römischen Juristen entwickelten an ihr die meisten der heute im sog. „Allgemeinen Teile des Rechts der Schuldverhältnisse" (S. 427[1]) dargestellten Grundsätze. Die Stipulation diente einmal zur Begründung einer Schuldverpflichtung, indem jedes ohne anderweite Rechtsform vorgenommene und daher (S. 490) klaglose pactum (zB. ein Zinsversprechen, eine Bürgschaft, das Versprechen einer Vertragsstrafe) durch Einkleidung in die Stipulationsform klagbar gemacht werden konnte; andererseits zur Umwandlung (Novation) einer schon anderweit rechtsgültig begründeten, kausalen Verpflichtung in eine abstrakte und deshalb leichter einklagbare Schuld[13]).

---

[13]) Hatte zB. A als Käufer mit B als Verkäufer einen — nudo consensu rechtsgültigen, S. 489 — Kaufvertrag abgeschlossen, so konnten sie die hieraus entspringenden, gegenseitigen Verpflichtungen in Stipulationsschulden umschaffen (novieren, unten § 78 b). Da die Stipulation lediglich einseitige Verpflichtungen des promissor herstellen konnte, so waren natürlich zwei Stipulationen erforderlich: A stipulierte von B die Leistung der Kaufsache (Stichum mihi dare spondes?), B von A die Zahlung des Kaufgelds (centum mihi dare spondes?).

Bei der Umwandlung einer anderweit begründeten Verpflichtung in eine Stipulationsschuld kann übrigens an die Stelle einer der bisherigen Vertragsparteien eine andere treten (sog. Novationsstipulation mit Personenwechsel), entweder an die Stelle des Schuldners (zB. A schuldet dem B ein Darlehen von 1000 Mk., C verpflichtet sich zwecks Befreiung des A durch Stipulation dem hiermit einverstandenen B gegenüber zur Zahlung, sog. Expromission und passive Delegation) oder an die Stelle des Gläubigers (zB. B weist seinen Schuldner A an, statt an ihn an C zu leisten und letzterer stipuliert die Leistung von A, sog. aktive Delegation, unten § 78 b).

Eine besondere Anwendung der Novationsstipulation ist die von Aquilius Gallus entworfene stipulatio Aquiliana. Hierbei

Der Stipulation als einem abstrakten Vertrag entsprang auch eine abstrakte, also nur den Klageantrag, nicht den Klagegrund wiedergebende Klageformel, eine condictio. Diese hieß condictio certi, wenn durch die Stipulation das dare (S. 432) von certa pecunia, condictio triticaria (von triticum, Getreide, dem hauptsächlichsten Vertragsgegenstand außer Geld), wenn das dare einer anderen certa res, condictio incerti, wenn eine sonstige Leistung, zB. ein facere, versprochen war[13]).

β. Litteralkontrakt.

Der Litteralkontrakt des älteren römischen Rechts beruht auf der Gewohnheit jedes römischen Hausvaters, gewisse Geschäftsbücher[14]) ordnungsmäßig zu führen. Die Ein-

---

werden sämtliche zwischen zwei Personen bestehende Geschäftsbeziehungen in Geld berechnet, der „Saldo" wird durch Stipulation festgestellt und nach Zahlung durch Acceptilation ausgeglichen (Generalquittung); vgl. D. 46, 4, 18, 1: Eius rei stipulatio, quam acceptio sequatur, a Gallo Aquilio talis exposita est: „Quidquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet oportebit praesens in diemve, quarumque rerum mihi tecum actio quaeque adversus te petitio vel adversus te persecutio est eritve, quodve tu meum habes tenes possides: quanti quaeque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spopondit Numerius Negidius". „quod Numerius Negidius Aulo Agerio promisit spopondit, id haberetne a se acceptum, Numerius Negidius Aulum Agerium rogavit, Aulus Agerius Numerio Negidio acceptum fecit"; vgl. unten § 82 a.

[13]) Neben der condictio incerti (aber nicht neben der condictio certi, D. 12, 1, 24) stand dem stipulator noch eine actio ex stipulatu zu Gebot, in deren Formel als Klagegrund die Stipulation angegeben war: „Quod A^s A^s de N^o N^o incertum stipulatus est, quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o dare facere oportet, condemna, si non paret absolve".

[14]) Abgesehen von Klabben oder Tagebüchern (adversaria, ephemeris) zur einstweiligen Eintragung führte der römische Hausvater als Geschäftsbücher, in welche allmonatlich Eintragungen gemacht zu werden pflegten:

a. ein liber patrimonii (libellus familiae, Hauptbuch, Inventar), in dem sein Vermögen nach den einzelnen Gattungen verzeichnet war;

tragungen hatten im allgemeinen keine schuldbegründende sondern nur schuldbeweisende Bedeutung. Nur durch die Eintragung in den codex accepti et expensi wurde eine wahre abstrakte Buchschuld begründet, dergestalt, daß der Gläubiger in gleicher Weise auf Grund der bloßen Eintragung klagen konnte, wie (nach klassischem Rechte, S. 477) auf Grund der stipulatio und der darüber aufgenommenen cautio, ohne die materielle causa der Bucheintragung darlegen zu müssen. Die Begründung einer solchen Buchschuld geschah in folgender Weise. Sollte A zum Buchschuldner des B werden, so trug B (also der Gläubiger) in seinen codex accepti et expensi (wie man heute sagen würde: auf der Debetseite von As Kontokurrentblatt, die Schuldpost (nomen) als an A gezahlt ein (expensum ferre sc. debitori, expensilatio). Damit ist, vorausgesetzt natürlich, daß B im Einverständnisse (iussu) mit A gehandelt hatte, As Buchschuld begründet. A trug der Ordnung wegen die übernommene Verpflichtung in seinen codex ein (expensum referre sc. creditori); für die Rechtsbeständigkeit seiner Schuld war dies jedoch unerheblich.

Genau so wie die stipulatio (S. 477) konnte auch die expensilatio und die dadurch hergestellte abstrakte[15]) litterarum obligatio dienen: entweder zur Begründung oder zur

---

b. ein calendarium zur Aufzeichnung der auf Zinsen geliehenen Kapitalien, benannt nach der allmonatlich an den calendae erfolgenden Zinszahlung;

c. einen codex rationum domesticarum (Kassabuch);

d. einen codex accepti et expensi (s. o.).

Vgl. G. 3, 128—134.

[15]) Durch die expensilatio wurde regelmäßig eine abstrakte Verpflichtung begründet. Ausnahmsweise konnte aber ein Posten unter Angabe des Schuldgrunds eingetragen werden, besonders als Darlehen (ex arca). Dann sprach man von nomen arcarium. Durch eine derartige expensilatio wurde nur eine kausale Verpflichtung des Schuldners begründet. Der Gläubiger mußte also die erfolgte Zahlung und den Schuldgrund nachweisen, und die Eintragung hatte hier nicht, wie beim gewöhnlichen „nomen", die Bedeutung der Schuldbegründung, sondern höchstens die eines Beweisgrunds für die erfolgte Zahlung (G. 3, 131: arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere).

Umwandlung (Novation) eines Schuldverhältnisses, und zwar in letzterem Falle (sog. nomen transscripticium) entweder mit oder ohne Personenwechsel. Bei der zwecks Umschaffung vorgenommenen expensilatio ohne Personenwechsel (sog. transscriptio a re in personam) handelt es sich nur um Verwandlung einer materiellen (zB. Kaufschuld) in eine abstrakte (Buch-) Schuld. Bei der Umschreibung mit Personenwechsel (transscriptio a persona in personam) handelt es sich (wie bei der expromissio, unten § 107 c), um den Eintritt eines neuen Schuldners oder (wie bei der aktiven Delegation, unten § 78 b) um den Eintritt eines neuen Gläubigers.

Die Löschung einer Buchschuld (acceptilatio) vollzog sich in umgekehrter Weise wie ihre Begründung. Hierbei trug der Schuldner in seinen codex accepti et expensi (wie man heute sagen würde, auf der Debetseite des Kontokurrentblatts des Gläubigers) die Schuldposten als vom Gläubiger empfangen ein (acceptum ferre sc. creditori). Damit war, natürlich vorausgesetzt, daß dies im Einverständnisse mit dem Gläubiger geschehen war, die Buchschuld getilgt und zwar ebenfalls abstrakt, also gleichgültig, auf welchem materiellem Rechtsgrunde (Zahlung, Erlaß, Aufrechnung) die — wie man heute im Grundbuchverkehre sagen würde — „Löschungsbewilligung" des Gläubigers beruht. Dieser trug in seinen codex accepti et expensi die Tilgung ebenfalls ein (acceptum referre sc. debitori); dies war aber unerheblich für die Rechtsbeständigkeit der litteralen Acceptilation.

Der Litteralkontrakt stand als Rechtsform des ius civile nur den cives Romani offen; nach Ansicht der Sabinianer konnte aber durch Umschreibung a re in personam auch ein Peregrine Schuldner werden (G. 3, 133). In der Kaiserzeit hörte die Führung der Bücher durch den Hausvater auf, und damit verfiel diese Geschäftsform. Justinian behandelt in I. 3, 21 (De litterarum obligatione) den der querela non numeratae pecuniae nicht mehr ausgesetzten, also vor länger als zwei Jahren ausgestellten (S. 481[10]) Darlehnsschuldschein als einen Litteralkontrakt neueren Rechts

(„sic fit, ut et hodie, dum queri non potest, scripturä obligetur"). In Wahrheit handelt es sich hierbei nur um ein unanfechtbar werdendes Beweismittel, wobei noch vorausgesetzt ist, daß in dem Scheine die causa angegeben ist[16]).

γ. Realkontrakte.

Realkontrakte (G. 3, 90 f., I. 3, 14: Quibus modis re contrahitur obligatio) sind Verträge, bei denen durch die Vorleistung (res) des einen Teils auch ohne Einkleidung in eine Wort- oder Schriftform eine klagbare Leistungspflicht des anderen Teils begründet wird. Das entwickelte rR. unterscheidet zwei Klassen: die benannten und die unbenannten Realkontrakte.

a. Benannte Realkontrakte, d. h. mit einer bestimmten Bezeichnung und einer eigenen Klageformel versehene, sind: mutuum (Darlehen), depositum (Hinterlegung), commodatum (Leihe), pignus (Verpfändungsvertrag). Ihnen allen ist gemeinsam, daß durch eine Leistung die klagbare Pflicht zur Rückleistung erzeugt wird. Hierbei unterscheidet sich das mutuum aber wesentlich von den drei anderen Kontrakten.

1) Während nämlich beim depositum, commodatum und pignus das zur Verwahrung, zur leihweisen Benutzung oder zwecks Sicherung wegen einer Forderung Hingegebene in natura zurückgegeben werden muß, geht es beim Darlehen in das Eigentum des Empfängers über, sodaß nicht die empfangenen Sachen (Geldstücke oder sonstige vertretbare Sachen), sondern gleichwertige Sachen zurückzugeben sind (nicht „idem", sondern „tantundem eiusdem generis").

2) Ferner ist das Darlehen ein negotium stricti iuris. Die Rückgabepflicht beim Darlehen ist daher genau umschrieben, die Darlehnsklage eine condictio certi. Sollen außer der Darlehnssumme sonstige Leistungen, insbesondere

---

[16]) Dagegen kann man heute den Wechsel, das abstrakte Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis (BGB. §§ 780 ff.) und die meisten Inhaberpapiere (BGB. §§ 793 ff.) als Litteralobligationen des neuen Rechts bezeichnen; unten §§ 109, 111.

Zinsen, geschuldet sein, so wird diese Pflicht durch den lediglich auf Rückgabe gehenden Realkontrakt nicht gedeckt, muß also, um klagbar zu sein, in eine besondere Rechtsform (Zinsstipulation, S. 442) eingekleidet werden.

Dagegen sind depositum, commodatum und pignus bonae fidei contractus. Beide Teile sind einander zu einem der bona fides entsprechenden Verhalten verpflichtet, und alle hieraus entspringenden Pflichten sind durch die mit der Hingabe der Sache zur Verwahrung, Nutzung oder Sicherung begründete Rechtsform gedeckt. Daher kann nicht nur der Hingebende mit der actio depositi, commodati, pigneraticia directa (S. 392) Rückgabe der Sache und für den Fall einer vom Empfänger zu vertretenden Unmöglichkeit der Rückgabe Schadensersatz verlangen, sondern es kann auch umgekehrt der Empfänger (mit einer actio depositi, commodati, pigneraticia contraria) Erstattung von Auslagen beanspruchen.

b. Seit Labeo wurde der Grundsatz geltend, daß, auch abgesehen von den vier zu den gewöhnlichsten Verkehrsgeschäften gehörenden benannten Realkontrakten, jeder auf Austausch von Sachen oder Leistungen gerichtete Vertrag dadurch klagbar würde, daß eine Sache oder Leistung unter der Verpflichtung der Rückgabe oder einer Gegenleistung angenommen wird. Da auch hier die Annahme der Leistung als Begründungsform gilt, so handelt es sich um Realverträge. Da jedoch der Austausch der Leistungen zu viel Spielarten ermöglicht, als daß in jedem Fall eine besondere Benennung (D. 19, 5, 4: Natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia quam vocabula) und eine besondere feststehende Klageformel aufgestellt werden könnte, so spricht man von „Innominatkontrakten" „unbenannten Realverträgen" (contractus, quorum appellationes nullae iure civili proditae sunt; D. 19, 5: De praescriptis verbis et in factum actionibus, vgl. C. 4, 64).

Das entwickelte rR. kennt (D. 19, 5, 5, pr.) vier Gattungen von Innominatkontrakten, nach den Formeln do (sc. hoc pacto) ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias. Die zwischen den Vertragschließenden

gegebene Vertragserfüllungsklage wird als actio praescriptis verbis bezeichnet. Bei der Verschiedenartigkeit der möglichen Fälle mußte nämlich die Klageformel dem einzelnen Fall entsprechend gestaltet werden. Hierbei wurde an Stelle der demonstratio, der kurzen technischen Bezeichnung des Klagegrundes (S. 167[1]), eine Erzählung (praescriptio) der dem betreffenden Geschäfte zu Grunde liegenden Tatsachen in die Formel eingefügt.

Bevor die Innominatkontrakte als klagbar anerkannt waren, hatte der Geber, sofern der Empfänger seinerseits den besprochenen Vertrag nicht freiwillig erfüllte, nur eine Klage auf Rückgabe des Empfangenen (condictio causa data causa non secuta, unten § 113 b 2). Das hierin liegende Rücktrittsrecht stand dem Geber aber auch nach Anerkennung der Klagbarkeit offen, sodaß er bis zur Annahme der Gegenleistung die Wahl hatte, entweder mit der actio praescriptis verbis auf die Gegenleistung oder unter Ausübung des ihm zustehenden „ius poenitendi" mit der condictio causa data auf Rückgabe der eigenen Leistung zu klagen[17]).

Die Hauptfälle der Innominatkontrakte waren: der Trödelvertrag (contractus aestimatorius: do ut reddas aut rem aut aestimationem), ausgestattet mit einer actio (praescriptis verbis) de aestimato, die für die übrigen Fälle von Innominatverträgen als Vorbild gedient hat (D. 19, 3: De aestimatoria); ferner nach der von Justinian aufgenommenen Meinung (D. De rerum permutatione 19, 4, 1, 2) der Tausch (permutatio). Die Sabinianer behandelten dagegen den Tausch als doppelseitigen Kauf und daher als Konsensualvertrag; vgl. unten § 91.

δ. Konsensualkontrakte.

Bei vier bestimmten Vertragsgattungen: dem Kauf (emptio venditio), der Miete (locatio conductio),

[17]) Bestritten ist, ob der Rücktritt dem Geber nur bei Verzug des Empfängers (D. 19, 4, 1, 4) und bei Unmöglichkeit der Gegenleistung oder nach freier Willkür zustand (vgl. hierfür die vermutlich interpolierten l. 3 §§ 1, 2, l. 5, pr., § 1 D. 12, 4).

dem Auftrage (mandatum) und der Gesellschaft (societas) tritt die Klagbarkeit ein als Folge einfacher, formloser Willenseinigung über die essentialia negotii (G. 3, 135 bis 138; I. 3, 22: De consensu obligatione). Durch Kaiser Zeno (um 480 n. Chr.) wurde als fünfter Konsensualvertrag der contractus emphytheuticarius aufgestellt (C. 4, 66, 1, unten § 133 c 1).

Während bei den Realverträgen erst die Leistung den Vertrag gültig macht, also „obligandi causa" geschieht, erfolgt bei den Konsensualverträgen die Leistung in Erfüllung des bereits nudo consensu wirksam gewordenen Vertrags, also „solvendi causa".

2. Pacta.

Abgesehen von den Konsensualverträgen begründen formlose Verträge nach älterem rR. keine klagbare Verpflichtung (D. 2, 14, 7, 4: nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem, so zB. entsteht aus dem pactum de non petendo, unten § 82, eine exceptio pacti). Das spätere Recht erkannte von diesem Grundsatz einige Ausnahmen an. Diese mit Klage „bekleideten" Fälle nannten die Glossatoren pacta vestīta (im Gegensatze zu den klaglosen nuda pacta) und unterschieden unter ihnen die pacta adiecta, praetoria und legitima.

Pacta adiecta sind die einem bonae fidei contractus sogleich beim Abschlusse zugefügten Nebenabreden (leges contractus) über Art, Ort und Zeit der Erfüllung, die, ohne daß sie in besondere Rechtsform eingekleidet zu werden brauchten, durch die Kontraktsklage erzwungen werden können (zB. ein Zinsversprechen, S. 442, das pactum displicentiae, die lex commissoria und die in diem addictio beim Kauf, unten § 77). Pacta praetoria heißen die durch das prätorische[18]), pacta legitima die durch das Kaiserrecht

[18]) Vgl. D. 2, 14, 7, 7: Ait praetor: „Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo".

mit Klagbarkeit versehenen formlosen pacta. Zu ersteren gehört das formlose Versprechen der Erfüllung einer bereits bestehenden Schuld (constitutum debiti proprii vel alieni, unten § 78[8]), das receptum arbitrii (Vertrag auf Übernahme eines Amtes als Schiedsrichter), nautarum, cauponum et stabulariorum und argentariorum (unten § 103); zu letzteren das nicht in Stipulationsform abgegebene Dotalversprechen (pactum dotis, durch Theodosius II., C. 5, 11, 6, unten § 148 a 3 β) und die Schenkung unter 500 Solidi (pactum donationis, durch Justinian, C. 8, 53, 35, 5, unten § 92 b 1).[19])

c. Inhalt des Schuldvertrags.

Der Inhalt des Schuldvertrags wird grundsätzlich durch die freie Vereinbarung der Parteien bestimmt. Ein Schuldvertrag ist jedoch nur wirksam, wenn — abgesehen von dem Formerfordernis einzelner Verträge — die dadurch versprochene Leistung möglich, erlaubt und bestimmbar ist und — wenigstens nach rR. — einen bestimmten Vermögenswert hat.

---

[19]) Vgl. D. 2, 14, C. 2, 3: De pactis.

Im neuesten rR. mußte nach Fortfall des Litteralkontrakts jeder nicht zu den Real- oder Konsensualkontrakten oder den pacta vestita gehörige Vertrag in die Stipulationsform eingekleidet werden, um klagbar zu sein. Da die Stipulation in Deutschland nicht rezipiert wurde, waren im Gem. R. alle nicht an eine besondere Form gebundenen Verträge (S. 308[7]) formlos gültig und klagbar. Der Unterschied zwischen contractus und pacta war daher fortgefallen. Das Gleiche gilt für das BGB. Streitig ist, ob nach modernem Rechte noch Realverträge anzuerkennen sind, bei denen zur Begründungsform eine Leistung gehört. Dies ist zu verneinen. Daher wird in den Fällen der ehemaligen Innominatkontrakte der Empfänger schon vom Vertragsschluß und nicht erst bei erfolgter Leistung zu der von ihm übernommenen Gegenleistung verpflichtet und der Geber hat kein Reurecht. Ebenso wird der Darlehnsvertrag nicht erst mit der Auszahlung des Darlehnssumme bindend, sondern schon mit Abschluß des pactum de mutuo dando (unten § 95 a). Nur gehört zum Klagegrunde bei der Darlehnsklage die vom Kläger zu beweisende Behauptung, daß die Hingabe des Darlehns erfolgt ist. Dies ist aber kein „realkontraktliches Moment", sondern tritt bei allen Verträgen hervor, die auf eine Hingabe zwecks Rückgabe gehen, zB. auch bei der Miete.

1. Es handelt sich hier nur um die — nur bei Schuldverträgen in Betracht kommende — ursprüngliche Unmöglichkeit; über die nachfolgende Unmöglichkeit, die bei allen Schuldverhältnissen vorkommt, ist schon S. 454 gesprochen.

Etwas Unmögliches kann nicht geleistet werden (impossibilium nulla obligatio, S. 453). Es fragt sich jedoch auch hier, ob der auf eine unmögliche Leistung gerichtete Schuldvertrag völlig nichtig oder wenigstens insofern wirksam ist, als statt des Unmöglichen etwas anderes, insbesondere Gelderſatz geleistet werden muß. In dieser Beziehung ist einmal zwischen der objektiven, für jedermann vorhandenen, und der bloß subjektiven, d. h. durch die persönlichen Verhältnisse eines Vertragsteils herbeigeführten Unmöglichkeit, andererseits zwischen der dauernden und der bloß vorübergehenden (sog. hypothetischen) Unmöglichkeit zu unterscheiden.

a. Ein auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist völlig nichtig[20]), begründet also weder einen Erfüllungsanspruch noch einen Anspruch auf Leistung des Erfüllungsinteresses[21]). Dagegen berührt die bloß

---

[20]) Unerheblich ist, ob die Unmöglichkeit auf der Natur oder auf Rechtssatz beruht; vgl. I. 3, 19, 1 und 2: At si quis rem, quae in rerum natura non est aut esse non potest, dari stipulatus fuerit, veluti Stichum, qui mortuus sit, quem vivere credebat, aut hippocentaurum, qui esse non possit, inutilis erit stipulatio. Idem iuris est, si rem sacram aut religiosam, quam humani iuris esse credebat, vel publicam, quae usibus populi perpetuo exposita sit, ut forum vel theatrum, vel liberum hominem, quem servum esse credebat, vel cuius commercium non habuit, vel rem suam dari quis stipuletur.

[21]) Des sog. positiven Vertragsinteresses, d. h. desjenigen Schadens, den der andere Teil dadurch erleidet, daß der Vertrag nicht erfüllt werden kann. Ebenso BGB. § 306. Dagegen muß nach § 307, der eine von Ihering für das Gemeine Recht aufgestellte Theorie zum Gesetz erhoben hat, derjenige Vertragsteil, der bei Schließung des auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrages die Unmöglichkeit kennt oder kennen muß (aus Fahrlässigkeit nicht kennt, § 122 Abs. 2), der sich also, wie man sagt, in einer culpa in contrahendo befindet, dem anderen Teile das sog. negative Vertragsinteresse, d. h. den Schaden ersetzen, den er dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit des

subjektive Unmöglichkeit, das „Unvermögen des Schuldners" (S. 454) zur Bewirkung der versprochenen Leistung, die Rechtsgültigkeit des Vertrages nicht; hat also A sich dem B zur Lieferung eines dem C gehörigen Pferdes verpflichtet, so hat er dem B sein volles Interesse zu ersetzen, wenn C sich weigert, sein Pferd zu verkaufen. Ebenso gilt natürlich Geldmangel des Schuldners als bloße subjektive Unmöglichkeit (vgl. D. 45, 1, 137, 4).

β. Liegt zur Zeit des Vertragsschlusses eine Leistungsunmöglichkeit vor, so ist der Vertrag nichtig und wird nach der auch hier anwendbaren regula Catoniana (S. 315[2]) grundsätzlich nicht dadurch gültig, daß die Leistung später möglich wird. Nur dann ist der Vertrag gültig, wenn die Unmöglichkeit gehoben werden kann und der Vertrag für diesen Fall geschlossen ist (sog. hypothetische Unmöglichkeit) oder wenn er unter einer aufschiebenden Bedingung oder Befristung geschlossen ist und die Unmöglichkeit vor dem Eintritte der Bedingung oder Befristung gehoben wird (ebenso BGB. § 308).[22])

Vertrags vertraut, jedoch nicht über das positive Vertragsinteresse hinaus. Verkauft also A wissentlich dem B ein extra commercium befindliches Grundstück, das einen Wert von 200000 Mark hat, für 100000 Mark, so kann B, wenn er diese Eigenschaft des Grundstücks nicht kennt, von A zwar nicht 100000 Mark ersetzt verlangen (positives Vertragsinteresse), wohl aber zB. Ersatz der von ihm für die notarielle Beurkundung des Kaufs (§ 313) gezahlten Kosten (negatives Vertragsinteresse).

[22]) Vgl. D. 45, 1, 31: Si rem meam sub condicione stipuler, utilis est stipulatio, si condicionis existentis tempore mea non sit; vgl. D. 45, 1, 83, 5: Sacram vel religiosam rem vel usibus publicis in perpetuum relictam (ut forum aut basilicam) aut hominem liberum inutiliter stipulor, quamvis sacra profana fieri et usibus publicis relicta in privatos usus reverti et ex libero servus fieri potest: ferner D. 18, 1, 34, 2: Liberum hominem scientes emere non possumus, sed nec talis emptio aut stipulatio admittenda est: „cum servus erit", quamvis dixerimus futuras res emi posse: nec enim fas est eiusmodi casus exspectare. Diese Beschränkung gilt für das moderne Recht nicht mehr.

2. Erlaubte Leistung.

Wie jedes Rechtsgeschäft (S. 310), so ist auch der Schuldvertrag nichtig, wenn er einen gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßenden Inhalt hat.

3. Bestimmbare Leistung.

Art und Umfang der Leistung brauchen nicht bestimmt zu sein, brauchen sich also nicht unmittelbar aus dem Vertrage zu ergeben (certum est, quod ex ipsa pronuntiatione apparet quid quale quantumque sit, D. 45, 1, 74); es genügt vielmehr, daß der Vertragsgegenstand bestimmbar ist, d. h. in zuverlässiger Weise ermittelt werden kann[23]). Die Bestimmung kann z.B. auch dem billigen Ermessen (arbitrium boni viri) eines Vertragsteils oder eines Dritten, ja sogar dem freien Belieben eines Dritten überlassen werden, nicht aber dem freien Belieben eines Vertragsteils, weil dadurch der Vertrag jedes greifbaren Inhalts entbehren würde[24]).

---

[23]) Vgl. z.B. D. 18, 1, 7, 1: Huiusmodi emptio „quanti tu eum emisti", „quantum pretii in arca habeo", valet: nec enim incertum est pretium tam evidenti venditione: magis enim ignoratur, quanti emptus sit, quam in rei veritate incertum est.

[24]) Vgl. D. 45, 1, 108, 1: Nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit. Vgl. ferner D. 18, 1, 7, pr. und 23, 3, 69, 4. Die Bestimmung des Kaufpreises und Mietzinses — wohl aber der Beteiligung bei Gesellschaftsverträgen D. 17, 2, 6 — konnte nicht einmal dem billigen Ermessen eines Beteiligten überlassen werden; vgl. D. 18, 1, 35 1 (Illud constat imperfectum esse negotium, cum emere volenti sic venditor dicit: „quanti velis, quanti aequum putaveris, quanti aestimaveris, habebis emptum") und D. 19, 5, 22. Dies gilt für das moderne Recht nicht mehr. Ist zweifelhaft, ob das billige oder das freie Ermessen maßgebend sein soll, so spricht die Vermutung für das billige Ermessen (D. 50, 17, 22, 1). War die Bestimmung dem freien Ermessen des Dritten überlassen, so ist sein Ausspruch ohne weiteres maßgebend, soll aber das arbitrium boni viri entscheiden, so ist, da hier ein objektiver Maßstab möglich ist, bei offenbarer Unbilligkeit (manifesta iniquitas, vgl. D. 17, 2, 79) Korrektur des Ausspruchs durch den Richter zulässig; vgl. D. 17, 2, 76: Societatem mecum coisti ea condicione, ut Nerva amicus communis partes societatis

4. Vermögenswert der Leistung.

Nach rR. gilt der Satz: ea in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt (D. 40, 7, 9, 2). Ursprünglich forderte man sogar ein eigenes und unmittelbares Vermögensinteresse des Gläubigers. Dies wurde für stricti iuris negotia, also Stipulationsschulden, auch im neuesten Rechte festgehalten (D. 45, 1, 38, 17): Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur: inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest: ceterum ut alii detur, nihil interest mea. Für bonae fidei negotia trat jedoch eine Milderung ein (D. 17, 1, 54, pr.: placuit enim prudentioribus, affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam); zB. konnte man einen Sklaven mit der Auflage verkaufen, daß der Käufer ihn nach bestimmter Zeit freilassen müßte. Doch mußte wegen der Geldkondemnation (S. 386) auch hier mindestens ein mittelbares Vermögensinteresse nachweisbar sein[25]). Vgl. oben S. 432[1].

---

constitueret: Nerva constituit, ut tu ex triente socius esses, ego ex besse: quaeris, utrum ratum id iure societatis sit an nihilo minus ex aequis partibus socii simus. existimo autem melius te quaesiturum fuisse, utrum ex his partibus socii essemus quas is constituisset, an ex his quas virum bonum constituere oportuisset. arbitrorum enim genera sunt duo, unum eiusmodi, ut sive aequum sit sive iniquum, parere debeamus (quod observatur, cum ex compromisso — auf Grund eines Schiedsvertrags, unten § 103 b — ad arbitrum itum est), alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitratu fiat.

Fast die gleichen Grundsätze gelten nach BGB. §§ 315—319.

Mit dem hier in Frage kommenden Schätzungsmann (arbitrator) ist nicht zu verwechseln der Schiedsrichter (arbiter, CPO. §§ 1025) und der Schiedsmann (ein Organ zur Vornahme des Sühneversuchs vor Privatklagen, StPO. § 420 und zur Aufnahme vollstreckbarer Vergleiche, vgl. Pr. Schiedsmannsordnung vom 29. März 1879).

[25]) Nach modernem Recht ist der Vermögenswert der Leistung kein unentbehrliches Moment des Schuldvertrags; vielmehr genügt jedes schutzwürdige Interesse (zB. Verpflichtung, zu bestimmten Stunden nicht Klavier zu spielen, sich des Genusses geistiger Getränke zu ent-

§ 74. Zweiter Titel. Gegenseitiger Vertrag (BGB. §§ 320—327).

Bei den gegenseitigen Verträgen (contractus bilaterales aequales, oben S. 269, zB. Kauf, Miete, Gesellschaft) gehört es zum Begriff und Wesen, daß beide Teile von vornherein zu Leistungen verpflichtet sind. Bei ihnen stehen also Leistung und Gegenleistung begrifflich in einem notwendigen Abhängigkeitsverhältnisse zu einander (D. 50, 16, 19: ultro citroque obligatio, quod Graeci *συνάλλαγμα* vocant, davon „synallagmatische Verträge") und daraus ergeben sich Besonderheiten für ihre rechtliche Behandlung.

a. Exceptio non adimpleti contractus.

Die gegenseitige Abhängigkeit der beiderseitigen Ansprüche zeigt sich vor allem in dem Satze, daß — mangels einer Abrede oder einer besonderen gesetzlichen Vorschrift, wonach ein Teil „vorzuleisten" hat (wie zB. bei der Miete der Vermieter, BGB. § 551) — kein Teil die Gegenleistung anders als Zug um Zug gegen Bewirkung der eigenen Leistung beanspruchen darf. Jeder Teil kann zwar nach rR. (und BGB. § 320) die ihm zustehende Leistung einklagen; der Gegner ist aber berechtigt, die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern[1]). Im

---

halten). Es fragt sich bei derartigen Abreden jedoch, ob ein wirkliches Schuldverhältnis oder nur eine Verpflichtung gesellschaftlicher oder sittlicher Natur begründet werden sollte. Vgl. ferner BGB. § 253 (S. 448[14], Entschädigung wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, nur in den gesetzlich bestimmten Fällen).

[1]) Hiernach gehört nach rR. (und BGB., anders ALR.) die Behauptung, daß die eigene Leistung schon bewirkt ist oder daß der Gegner vorzuleisten hat, nicht zur Begründung der Klage; vielmehr ist es Sache des Beklagten, den Anspruch auf die Gegenleistung geltend zu machen. Hieraus ist jedoch nicht der Schluß zu ziehen, daß der die exceptio non adimpleti contractus vorschützende Beklagte die Grundlage derselben zu erweisen habe. Vielmehr ist das Vorbringen des Beklagten nur „negative Litiskontestation", nämlich Bestreiten der Begründetheit des Anspruchs des Klägers. Dieser muß also beweisen,

Formularverfahren mußte der Beklagte, um nur zur Leistung Zug um Zug gegen Empfang der Gegenleistung verurteilt zu werden, die Einrückung einer exceptio doli generalis, der später sog. exceptio non adimpleti contractus (Einrede des nicht erfüllten Vertrages, BGB. § 202 Abs. 2) in die Formel veranlassen (C. 8, 44, 5). Eine solche exceptio wurde zuerst gegenüber dem argentarius gegeben, der den Kaufpreis für versteigerte Sachen einklagte, bevor er die Sachen übergeben hatte, später allgemein, zB. gegenüber der actio venditi auf Zahlung des Kaufpreises nach der Formel (D. 19, 1, 25): „si ea pecunia, qua de agitur, non pro ea re petitur, quae venit neque tradita est". Dies Weigerungsrecht bleibt grundsätzlich bis zur völligen Bewirkung der Gegenleistung bestehen (D. 19, 1, 13, 8, BGB. § 320 Abs. 2).

b. Einfluß einseitiger Leistungsunmöglichkeit.

Wegen der wechselseitigen Abhängigkeit ist die Leistungspflicht jedes Teils grundsätzlich — vgl. oben S. 277 über die negotia claudicantia — davon abhängig, daß die des Gegners zu Recht besteht. Ist daher die Leistung auch nur eines Teils von vornherein unmöglich, so ist der ganze Vertrag nichtig. Wird dem einen Teil nach Abschluß des Schuldvertrags die Erfüllung unmöglich, so kommt es darauf an, ob der die Leistungsunmöglichkeit herbeiführende Umstand von einem Teile zu vertreten ist oder nicht. In letzterem Falle, also bei zufälliger Unmöglichkeit, fällt mit der Leistung grundsätzlich[2]) auch der Anspruch auf die Gegenleistung fort.

---

daß er seine Leistung schon bewirkt hat oder daß der Beklagte vorzuleisten hat, sonst kann der Beklagte nur zur Leistung Zug um Zug verurteilt werden (BGB. § 322). Anders ist es dagegen, wenn der Kläger seine Leistung schon bewirkt, der Beklagte sie auch als Erfüllung angenommen hat; dann muß der Beklagte, wenn er behauptet, daß die empfangene Leistung mangelhaft ist, dies beweisen (BGB. § 363, sog. exceptio non rite adimpleti contractus).

[2]) Wie schon S. 434[4] ausgeführt, stellte das rR. für den Kauf (und für Veräußerungsgeschäfte überhaupt) den Grundsatz auf: periculum est emptoris (so zB. D. 18, 6, 8, pr., I. 3, 23, 3), d. h.

Bei zu vertretender Unmöglichkeit behält dagegen der Gegner den Anspruch auf die Gegenleistung oder auf Schadensersatz[3]).

---

der Verkäufer behält den Anspruch auf den Kaufpreis auch bei zufälligem Untergange der Kaufsache, während für die übrigen gegenseitigen Verträge der ihrem Wesen entsprechende Grundsatz festgehalten wurde, daß nur der Teil eine Leistung zu bewirken braucht, der dafür die Gegenleistung erhält. So wurde insbesondere für die locatio conductio rei und operarum der richtige Grundsatz aufgestellt: periculum est locatoris, d. h. der Vermieter erhält den Mietzins nur für die wirklich gewährte Nutzung und die wirklich geleisteten Dienste (z.B. D. 19, 2, 30, 1).

Über den inneren Grund der Regel periculum est emptoris (die von manchem übrigens besonders wegen D. 18, 6, 13 und 15, 1 und D. 19, 2, 33 als nicht quellenmäßig bestritten wird) herrschte seit Jahrhunderten Streit. Nach Windscheid sollte dieser Grundsatz sich dadurch rechtfertigen, daß die Kaufsache schon mit Abschluß des Kaufvertrags als aus dem Vermögen des Verkäufers ausgeschieden und in das des Käufers überführt angesehen wurde; nach Ihering dadurch, daß bei jedem nicht sofort erfüllten Veräußerungsgeschäft ein Übernahmeverzug des Erwerbers zu unterstellen sei. Dernburg erklärte die Regel geschichtlich aus der anfänglichen Selbständigkeit der beiderseitigen Verpflichtungen. Ursprünglich sei der Anspruch des Verkäufers auf den Kaufpreis von dem Gegenanspruche des Käufers auf die Sache ganz unabhängig gewesen. Später sei dem Käufer eine exceptio mercis non traditae als Unterart der exceptio doli generalis gegeben worden, falls der Verkäufer ohne Leistung der Kaufsache Zahlung verlangte. Sei die Sache durch Zufall untergegangen, so stehe diese exceptio doli dem Zahlung beanspruchenden Verkäufer nicht entgegen, denn er handele dann bei der Einklagung des Kaufpreises nicht vertragswidrig.

Dem deutschen Rechte war der Grundsatz periculum est emptoris fremd; dem folgt das BGB.: nach § 446 geht die Gefahr zufälligen Untergangs grundsätzlich erst mit der Übergabe der Sache auf den Käufer über (unten § 87 b).

[3]) Weitere Besonderheiten für den gegenseitigen Vertrag bestimmt das BGB. in den §§ 321 (ausnahmsweise Geltung der Klausel „rebus sic stantibus", Erfüllungsverweigerung bei nach dem Vertragsschlusse eingetretener wesentlicher Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des anderen Teils) und 326 (Rücktrittsrecht bei Leistungsverzug).

§ 75. Dritter Titel. Versprechen der Leistung an einen Dritten (BGB. §§ 328—335).

a. Verträge zu Gunsten eines Dritten.

Vertrag zu Gunsten eines Dritten (pactum in favorem tertii, das BGB. sagt „Versprechen der Leistung an einen Dritten") nennt man einen Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, eine Leistung nicht an den Versprechensempfänger, also den Vertragsgegner („Gegenkontrahenten"), sondern an einen an dem Vertragsschlusse nicht teilnehmenden Dritten zu bewirken[1]).

Solche Verträge waren im älteren rR. völlig unwirksam, denn der Versprechensempfänger konnte nicht auf Leistung an den Dritten klagen, da es ihm hierbei an dem vom rR. erforderten eigenen Vermögensinteresse fehlte (alteri stipulari nemo potest, S. 479[2]), und der Dritte selbst konnte nicht klagen, da er nicht Vertragspartei war[2]).

Im späteren rR. wurden von diesem — auf der Auffassung des Schuldverhältnisses als eines iuris vinculum (S. 430) beruhenden — Grundsatz einige Ausnahmen zugelassen:

1. Der Versprechensempfänger kann auf Leistung an den Dritten klagen, wenn er hieran ein — wenn auch nur mittelbares — Interesse hat, zB. wenn ein Schuldner

---

[1]) Nicht zu verwechseln mit den Verträgen zu Gunsten eines Dritten ist der Abschluß eines Vertrages für einen Dritten als dessen Stellvertreter. Bei der unmittelbaren Stellvertretung (S. 337) ist der Vertretene selbst Vertragspartei, also kein „Dritter". Bei der mittelbaren Stellvertretung ist die Tatsache, daß der Vertreter im Interesse eines Dritten handelt, rechtlich gleichgültig; der Dritte erhält niemals ein unmittelbares Recht gegen den Versprechenden, wie beim pactum in favorem tertii, kann dies vielmehr nur durch Abtretung seitens des Vertreters erlangen (vgl. zB. für den Hauptfall mittelbarer Stellvertretung das Kommissionsgeschäft, HGB. § 392 Abs. 1).

[2]) Vgl. D. 44, 7, 11: Quaecumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt: et ideo neque stipulari neque emere vendere contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus.

sich von jemandem die Befriedigung seines Gläubigers versprechen läßt (I. 3, 19, 20, D. 45, 1, 38, 20—22).

2. Der Dritte kann mit einer ihm „ex aequitate" gewährten actio utilis auf Leistung an sich selbst klagen:

α. wenn bei einer Schenkung dem Beschenkten die Verpflichtung zur Herausgabe an den Dritten auferlegt ist (C. 8, 54, 3);

β. wenn jemand die Sache eines Dritten verleiht oder hinterlegt mit der Auflage, daß sie unmittelbar dem Dritten herauszugeben sei (C. 3, 42, 8, 1);

γ. wenn ein Gläubiger mit seinem Schuldner (z.B. einem Verwahrer) vereinbart, daß dieser das Geschuldete nach dem Tode des Gläubigers einem Dritten leisten solle (sog. fideicommissum a debitore relictum, D. 16, 3, 26, pr., D. 30, 77);

δ. wenn der verkaufende Pfandgläubiger dem Verpfänder beim Verkaufe das Einlösungsrecht vorbehält (D. 13, 7, 13, pr.);

ε. wenn bei der Hingabe einer dos dem Manne deren Rückgabe an die Frau oder die Kinder auferlegt wird (D. 24, 3, 45, C. 5, 4, 17).

Seit Justinian konnten ferner im Gegensatze zum bisherigen Rechte (S. 479[9]) auch Leistungen an die Erben ausbedungen werden (C. 4, 11: Ut actiones et ab herede et contra heredem incipiant). Kein pactum in favorem tertii, sondern ein Fall unmittelbarer Stellvertretung war dagegen die Vertragsschließung hausabhängiger Personen für den Gewalthaber (S. 335).[3])

---

[3]) Die starre Auffassung des rR. von der Obligation als einem iuris vinculum widersprach der deutschen Rechtsauffassung (S. 430); der Grundsatz alteri stipulari nemo potest ist daher für das Gem. R. nicht maßgebend gewesen. Vielmehr wurden im Gem. R. Verträge zu Gunsten dritter stets wenigstens mit der Wirkung anerkannt, daß der Versprechensempfänger auf Leistung an den Dritten klagen konnte. Streitig war dagegen, unter welchen Voraussetzungen der Dritte ein eigenes und unentziehbares Klagerecht erhielte, ob nur im Falle seines Beitritts zu dem Vertrage auf Aufforderung der Hauptparteien (Offerten- oder Acceptationstheorie) oder ohne weiteres (Anwachsungstheorie). Der letzteren Theorie folgt auch das BGB.,

b. Verträge zu Lasten eines Dritten.

An sich kann niemand durch sein Versprechen einen Dritten verpflichten, es sei denn, daß er Vertretungsmacht für ihn hat (S. 342). Dagegen kann man die Handlung eines Dritten versprechen. Ein solcher Vertrag kann entweder nur die Bedeutung haben, daß man Bemühungen aufwenden werde, den Dritten zu der Leistung zu bewegen oder die weitergehende, daß man für den Erfolg der Leistung die Garantie übernimmt; das Interesse hieran kann durch Versprechen einer Vertragsstrafe festgestellt werden (zB. I. 3, 19, 3 und 21).[4])

§ 76. Vierter Titel. Draufgabe. Vertragsstrafe (BGB. § 336—345).[1])

a. Draufgabe.

Draufgabe (Handgeld, arra, ἀρραβών, vom hebräischen orab, bürgen) ist das vor oder bei Abschluß eines Vertrags von der einen Partei an die andere Geleistete.

1. Arra contractu perfecto data.

α. Das bei Abschluß eines Vertrags gegebene Draufgeld hat regelmäßig den Zweck, das bindende Zustandekommen des Vertrags festzustellen (sog. arra confirmatoria, vgl. zB. I. 3, 23, pr.: argumentum emptionis

---

falls der unmittelbare Erwerb von den Vertragsparteien beabsichtigt ist (§ 328). Bei Versicherungs-, Leibrenten- und Altenteilsverträgen, den Hauptfällen dieser Verträge, wird diese Absicht vermutet (§ 330).

[4]) Die gleichen Grundsätze müssen auch für das BGB. gelten, das keine Vorschriften über Verträge zu Lasten eines Dritten enthält.

[1]) Draufgabe und Vertragsstrafe sind Mittel zur Bestärkung von Verträgen. Als sonstige Verstärkungsmittel kommen noch in Betracht: das constitutum (unten § 78[5]) und der Eid. Eidliche Bestärkung machte nach Gem. R. die Rechtsgeschäfte der puberes unanfechtbar (Authentica Sacramenta puberum, S. 424[3]) und beseitigte die beneficia muliebria (S. 286). Diese Bedeutung hat der Eid im modernen Rechte verloren.

et venditionis contractae, D. 18, 1, 35, pr.: ut evidentius probari possit, convenisse; ebenso BGB. § 336 Abs. 1). In diesem Falle ist sie nicht eine „Zugabe", sondern gilt als „Angeld", d. h. der Empfänger muß sie bei der Erfüllung anrechnen oder wenn dies nicht geschehen kann (zB. es ist als Zeichen des Abschlusses eines Mietvertrags ein Ring übergeben, D. 19, 1, 11, 6) zurückgeben (ebenso BGB. § 337 Abs. 1). Wird der Vertrag wieder aufgehoben, so ist die Draufgabe zurückzugeben (D. 19, 1, 11, 6, ebenso BGB. § 337 Abs. 2).

β. Die bei Abschluß eines Vertrags gegebene arra kann aber neben dem Zwecke, den Vertrag als geschlossen zu bekunden, auch den gleichen Zweck einer Erfüllungssicherung verfolgen wie die Vertragsstrafe (unten b), nur daß diese beim Vertragsschlusse nur versprochen, die arra wirklich gegeben wird. Dann spricht man von arra poenalis. Diese arra behält der Empfänger als Schadensersatz oder in Anrechnung auf diese, falls der Vertrag infolge eines vom Geber zu vertretenden Umstandes nicht erfüllt wird (ebenso BGB. § 338).

γ. Die arra kann schließlich auch Reugeld sein (arra poenitentialis, Wandelpön), wenn der Geber sich durch ihre Aufopferung von der Vertragserfüllung befreien kann. Dies ist jedoch nicht zu vermuten (ebenso BGB. § 336 Abs. 2).[2])

2. Arra contractu imperfecto data.

Wird eine arra zwecks Sicherung eines erst zu schließenden Vertrags gegeben (auf Grund eines pactum de contrahendo), so hat sie nach rR. (das BGB. behandelt diesen Fall nicht) die Bedeutung eines Reugelds: der den Vertragsabschluß verweigernde Geber verliert sie, der ihn verweigernde Empfänger muß sie doppelt erstatten (I. 3, 23, pr., C. 4, 21, 17, 2).

---

[2]) Eine vierte Bedeutung hat die Draufgabe zuweilen im modernen Rechte, nämlich die einer Form des Vertragsschlusses (arra constitutiva, zB. der Mietstaler im Gesinderecht).

b. Vertragsstrafe.

1. Vertragsstrafe (Konventionalstrafe, Strafgeding) ist eine Leistung, die der Schuldner dem Gläubiger für den Fall verspricht (nicht sofort bewirkt, wie bei der arra, S. 501), daß er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht gehörig (besonders nicht rechtzeitig) erfüllen sollte. Die Vertragsstrafe setzt also das Vorhandensein einer gültigen (rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen) Verbindlichkeit voraus und ist somit accessorischer Natur. Daraus folgt, daß, wenn die Hauptverbindlichkeit (zB. wegen unerlaubten Inhalts oder Formmangels) unwirksam ist, auch die Strafabrede nichtig ist[3]), sowie daß diese hinfällig wird, wenn die Hauptverbindlichkeit (zB. infolge von Leistungsunmöglichkeit, D. 45, 1, 69, oder von Verjährung, vgl. BGB. § 224) später fortfällt. Zu einer Selbständigkeit gelangt die Vertragsstrafe (gleich den sonstigen Accessorien, zB. den Zinsen, S. 441), erst, wenn sie verwirkt ist; erst dann kann sie auch ohne die Hauptverbindlichkeit geltend gemacht und abgetreten werden.

2. Die Höhe der Vertragsstrafe unterliegt nach rR. der freien Vereinbarung; nur darf sie den gesetzlichen Zinshöchstbetrag (S. 443) nicht übersteigen[4]).

---

[3]) Es kann also zB. eine Vertragsstrafe nicht versprochen werden: für den Fall der Nichteinsetzung zum Erben (D. 45, 1, 61: Stipulatio hoc modo concepta: „si heredem me non feceris, tantum dare spondes?“ inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio) sowie der Nichteingehung einer Ehe (BGB. § 1297, ebenso schon D. 45, 1, 134, pr: „quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta“). Vgl. BGB. § 344.

Eine Ausnahme erlitt nach rR. der Satz, daß die Konventionalstrafe nur neben einer gültigen Hauptverbindlichkeit wirksam ist, insofern als eine mangels Vorhandenseins eines eigenen Vermögensinteresses des Gläubigers (S. 432[1]) oder einer causa civilis (S. 476) unwirksamer Vertrag durch ein in gehöriger Form (regelmäßig durch Stipulation) eingegangenes Strafversprechen mittelbar wirksam gemacht werden konnte.

[4]) Vgl. D. 19, 1, 13, 26: si convenerit, ut ad diem pretio non soluto venditori duplum praestaretur, in fraudem consti-

3. Der Zweck der Vertragsstrafe kann ein dreifacher sein:

α. Vorherige Feststellung des Interesses des Gläubigers an der Erfüllung. Ist die Vertragsstrafe in diesem Sinne vereinbart, was im Zweifel zu unterstellen ist (vgl. BGB. §§ 340, 341), so kann der Gläubiger die verwirkte Strafe als Mindestbetrag seines Interesses statt der Erfüllung verlangen; er braucht seinen Schaden nur insoweit nachzuweisen, als dieser die Strafe übersteigt (D. 19, 1, 28);[5])

β. Strafe. Dann kann der Gläubiger die verwirkte Vertragsstrafe neben der Erfüllung oder dem Interesse an der Nichterfüllung verlangen;

γ. Wandelpön. Dann kann der Schuldner durch Erlegung der Strafe sich von der Erfüllungspflicht befreien (facultas alternativa des Schuldners, S. 435).

4. Die Vertragsstrafe ist verwirkt:

α. wenn die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht (Nichterhebung eines Anspruchs, Nichtbegründung eines Konkurrenzgeschäfts) ohne weiteres mit der Zuwiderhandlung (D. 45, 1, 122, 6), die der Gläubiger beweisen muß;

β. wenn sie in einem Tun besteht, sobald der Schuldner in (schuldhaften, S. 464) Verzug gerät (ebenso BGB. § 339); die gehörige (insbesondere rechtzeitige, D. 44, 7, 23) Erfüllung hat der Schuldner zu beweisen (BGB. § 345).

---

tutionum (S. 444) videri adiectum, quod usuram legitimam excedit. Gleich den Zinsbeschränkungen (S. 444[8]) sind auch die Beschränkungen der Vertragsstrafe durch das RG. vom 14. November 1867 beseitigt. Nur steht nach § 343 BGB. dem Richter ein Herabsetzungsrecht zu, wenn eine verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch ist.

[5]) Wird die Erfüllung der Hauptschuld unmöglich, so ist, wenn der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hat (S. 463), die Vertragsstrafe verwirkt; anderenfalls fällt mit der Hauptschuld auch die Vertragsstrafe fort (S. 462).

§ 77. Fünfter Titel. Rücktritt (BGB. §§ 346—361).

Die Befugnis einer Partei, beim Eintritte gewisser Voraussetzungen von einem bestehenden Vertrage zurückzutreten, kann entweder auf Gesetz beruhen (vgl. zB. BGB. §§ 325, 326: Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen, 440, 467: beim Kauf, 634, 636: beim Werkvertrag, 2294, 2295: beim Erbvertrag) oder auf einem besonderen Nebenvertrage. Derartige — besonders für den Kauf behandelte und dem Begriffe der auflösenden Bedingung[1]) unterstellte (S. 332) — Nebenverträge (pacta in continenti adiecta, S. 490) waren im rR.:

a. das pactum displicentiae, wonach ein Teil nach seinem Belieben zurücktreten konnte (zB. D. 18, 5, 6: Si convenit, ut res, quae venit — verkauft ist —, si intra certum tempus displicuisset, redderetur);

b. die lex (= lex contractus) commissoria (D. 18, 3, Verwirkungsklausel, kassatorische Klausel, nicht zu verwechseln mit der gleichnamigen Verfallklausel bei der Verpfändung, unten § 142 c 4 β), wonach der Gläubiger vom Vertrage bei nicht rechtzeitiger Leistung des Schuldners sollte zurücktreten dürfen (D. 18, 3, 2: Cum venditor fundi in lege ita caverit: „si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit"); hierbei trat die Verwirkungsklausel auch bei bloß objektiver mora (S. 463[1]) des Schuldners ein (D. 18, 3, 4, 4), und die arra und die etwaigen Anzahlungen verfielen dem Gläubiger (D. 18, 3, 6, pr.);

c. die in diem addictio (D. 18, 2) d. h. der Vorbehalt des Rücktritts für den Fall, daß der Rücktrittsbe-

---

[1]) Gerade bei diesen Rücktrittsabreden haben die Römer den Gegensatz von Suspensiv- und Resolutivbedingung entwickelt; vgl. zB. D. 18, 2, 2 (S. 327) und D. 18, 3, 1. Wegen der Auffassung der eben erwähnten Nebenverträge als Resolutivbedingungen wurde vom rR. beim Eintritte des Rückfalls das Hauptgeschäft mit dinglicher Wirkung beseitigt (S. 331). Das BGB. dagegen behandelt diese Nebenverträge als selbständige Abreden und läßt daher aus ihnen nur eine persönliche Verpflichtung der Beteiligten zur Rückgewähr entstehen (§ 346).

rechtigte bis zu einem bestimmten Zeitpunkte (daher „in diem“ addictio) einen für ihn günstigeren Vertrag abschließen kann; zB. D. 18, 2, 1: „ille fundus centum esto tibi emptus, nisi si quis intra kalendas Ianuarias proximas meliorem condicionem fecerit, quo res a domino abeat“.

Dritter Abschnitt.
Erlöschen der Schuldverhältnisse.

§ 78. Erlöschen der Schuldverhältnisse. Allgemeines.

a. Gründe und Wirkungen.

1. Ein Schuldverhältnis erlischt:

α. normaler Weise durch die Erfüllung (solutio),[1]) d. h. die Befriedigung des Gläubigers durch Bewirkung der Leistung seitens des Schuldners (unten § 79); der Erfüllung stehen unter Umständen gewisse sonstige Vorgänge gleich (sog. Erfüllungssurrogate), nämlich die Hingabe an Erfüllungsstatt (§ 79 a), die Hinterlegung (unten § 80) und die Aufrechnung (unten § 81);

---

[1]) In den Quellen bedeutet solutio bald jedes Erlöschen der Verbindlichkeit (Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam, D. 46, 3, 54), bald nur Erfüllung („solvere“ dicimus eum, qui fecit, quod facere promisit, D. 50, 16, 176). Erfolgt eine Zahlung nicht zur Tilgung, sondern zwecks Begründung einer Verbindlichkeit, dann sprechen die Quellen von numeratio („Auszahlung“, zB. in der Verbindung exceptio non numeratae pecuniae, S. 481); vielfach wird jedoch numeratio auch gleichbedeutend mit Geldzahlung zwecks Erfüllung gebraucht (zB. D. 4, 2, 9, 3). Die Erfüllungssurrogate werden als satisfactio bezeichnet (Satisfactio pro solutione est, D. 46, 3, 52; in anderen Verbindungen bedeutet satisfacere, wie satisdare, Sicherheitsstellung, zB. D. 18, 1, 19).

β. ausnahmsweise ohne Erfüllung. In Betracht kommen hierbei folgende Umstände:

a. Der Auflösungsvertrag. Das ältere römische Recht ging von dem Grundsatz aus, daß die Lösung eines Schuldverhältnisses derselben Form bedürfe, wie die Begründung (contrarius actus): Prout quidque contractum est, ita et solvi debet (D. 46, 3, 80). Das (in klassischer Zeit veraltete) nexum (S. 154) konnte daher nur wieder „per aes et libram" (nexi liberatio), die Litteralobligation nur litteris (S. 486), die Stipulation (S. 477) nur durch einen entsprechenden Verbalvertrag, nämlich die acceptilatio (Quod ego tibi promisi habesne acceptum? habeo, I. 3, 29, 1), die durch confarreatio begründete Ehe nur durch diffarreatio (§ 150 b 1) aus der Welt geschafft werden[3]). Bei den nudo consensu begründeten Konsensualverträgen genügte, sofern mit ihrer Erfüllung noch nicht begonnen war (re integra), der contrarius consensus (sog. mutuus dissensus, D. 50, 17, 35). Sollte eine andere als eine Verbalobligation durch acceptilatio beseitigt werden, so mußte sie vorher in eine Stipulationsschuld umgeschaffen (noviert, S. 509) werden (stipulatio Aquiliana, S. 483[12]).

Das prätorische Recht sah von der Notwendigkeit eines contrarius actus ab. Die Erfüllung bewirkte ohne weiteres (ipso iure) die Befreiung des Schuldners. Ferner aber gab der Prätor dem Schuldner gegenüber dem Gläubiger, der durch formloses pactum de non petendo sich verpflichtet hatte, die Forderung nicht geltend zu machen, eine

[3]) Bei der nexi liberatio und der acceptilatio läßt sich eine ähnliche Umbildung von einem wirklichen zu einem bloß fingierten Geschäft (imaginaria solutio, G. 3, 169) verfolgen wie bei der mancipatio (S. 157). Ursprünglich galten nexum und stipulatio trotz wirklicher Erfüllung als nicht ipso iure aufgehoben; diese Wirkung trat vielmehr nur ein, wenn neben der solutio der formale Auflösungsvertrag vorgenommen wurde. Später trat die wirkliche Erfüllung in den Hintergrund und die Befreiung des Schuldners trat durch die bloße Vornahme des abstrakten Formalaktes ein. Nunmehr konnte dieser auch dazu dienen, eine Befreiung des Schuldners ohne Erfüllung, also durch Erlaß (unten § 82) herbeizuführen.

exceptio[3]). Immerhin blieb die acceptilatio für die Fälle des Erlaßvertrags (unten § 82) von Bedeutung. Sie wirkte insofern energischer, als sie die Schuld ipso iure tilgte, während das pactum de non petendo nur bei Vorschützung (ope exceptionis) in Wirkung trat.

Eine besondere Art der vertragsmäßigen Beseitigung eines Schuldverhältnisses ist die Novation (unten b).

b. Die auflösende Bedingung und Befristung (S. 331, 334).

c. Der Tod des Gläubigers oder des Schuldners, jedoch nur in Ausnahmefällen (S. 409[8]), ferner unter Umständen die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Gläubigers oder des Schuldners (vgl. KO. §§ 17 ff.).

d. Die Verjährung (S. 357) und Verwirkung (Decretum divi Marci, S. 376).

e. Leistungsunmöglichkeit (S. 453), Verzug (S. 463), Erlaß (unten § 82).

f. Konfusion, d. h. dauernde Vereinigung von Gläubigerrecht und Schuldnerpflicht in derselben Person[4]).

g. Der sog. concursus duarum causarum lucrativarum; vgl. D. 44, 7, 17: Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset.

---

[3]) I. 4, 13, 3: Praeterea debitor si pactus fuerit cum creditore, ne a se peteretur, nihilo minus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omni modo dissolvuntur: qua de causa efficax est adversus eum actio, qua actor intendit „si paret eum dare oportere". sed quia iniquum est contra pactionem eum damnari, defenditur per exceptionem pacti conventi.

[4]) D. 34, 3, 21, 1: Confusione perinde exstinguitur obligatio ac solutione. Die Vereinigung muß jedoch dauernd und vollständig sein; daher tritt z.B. kein Erlöschen ein, wenn der Gläubiger den Schuldner beerbt, so lange er noch das beneficium inventarii hat (s. u.). Im modernen Sachenrecht erlöschen die dinglichen Rechte wegen ihrer durch das Grundbuch herbeigeführten Verselbständigung nicht, wenn der dinglich Berechtigte Eigentümer wird und umgekehrt (BGB. § 889, Eigentümerhypothek § 1163). Hierüber ist im Sachenrecht zu sprechen.

Hat A sich zB. dem B gegenüber verpflichtet, ihm ein dem C gehöriges Pferd zu schenken, so wird er seiner Verpflichtung ledig, wenn B dasselbe Pferd von C erbt[5]).

h. Capitis diminutio minima (oben S. 222).

2. Die Erlöschensgründe wirken nach justinianischem und heutigem Rechte teils ipso iure, d. h. sie beseitigen das Schuldverhältnis durch ihren bloßen Eintritt, was der Richter als rechtsvernichtende Tatsache (S. 396) auch von Amts wegen zu berücksichtigen hat (so die Erfüllung und deren Surrogate), teils nur ope exceptionis, sodaß sie dem Schuldner nur eine (peremtorische, S. 402) Einrede gewähren, die er vorbringen muß, damit sie berücksichtigt wird (S. 400, zB. die Verjährung und Aufrechnung); vgl. zB. D. 50, 17, 112: Nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur. Die Erlöschensgründe vernichten ferner das Schuldverhältnis entweder vollständig (so die Erfüllung) oder unter Aufrechterhaltung einer Naturalobligation (S. 473), so die Verjährung (S. 368).

3. Den Beweis des Erlöschens hat der Schuldner zu führen. Nur wenn der Gläubiger eine Leistung als Erfüllung angenommen hat, hat er die Beweislast, wenn er behauptet, daß er die empfangene Leistung wegen Mangelhaftigkeit als Erfüllung nicht gelten zu lassen brauche (exceptio non rite adimpleti contractus, BGB. § 363, S. 497[1]).

b. Die Novation[6]).

1. Begriff und Voraussetzungen.

Novation (Umschaffung) ist die Aufhebung eines

---

[5]) Das BGB. hat dies nicht aufgenommen.

Unrichtig ist der im 18. Jahrhundert aus D. 46, 3, 38, pr. entnommene allgemeine Satz, daß jeder Vertrag mit der clausula rebus sic stantibus geschlossen sei und bei Veränderung der ihn veranlassenden Umstände widerrufen werden könne. Vgl. jedoch BGB. §§ 321, 610 (S. 498[3]).

[6]) D. 46, 2, C. 8, 41: De novationibus et delegationibus.

Schuldverhältnisses[7]) durch Begründung eines den gleichen wirtschaftlichen Zweck verfolgenden neuen Schuldverhältnisses (D. 46, 2, 1, pr.: Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio). Hieraus ergeben sich als Voraussetzungen einer wirksamen Novation:

α. Es muß ein gültiges (wenn auch nicht klagbares, also nur naturales, D. 46, 2, 1, 1) Schuldverhältnis geschaffen werden.

β. Die Schaffung des neuen Schuldverhältnisses muß in der Absicht geschehen, das frühere zu beseitigen (animus novandi). An sich können die Parteien bei Eingehung eines Schuldverhältnisses, das die Erfüllung eines bestehenden Schuldverhältnisses bezweckt, die Absicht haben, das neue Schuldverhältnis entweder neben das bisherige oder an seine Stelle zu setzen, d. h. die Schaffung des neuen Schuldverhältnisses kann entweder nur erfüllungshalber oder an Erfüllungsstatt erfolgen (unten S. 515). Während die älteren römischen Juristen in vielen Fällen (z.B. bei Umwandlung einer bedingten Schuld in eine unbedingte) die Novationsabsicht vermuteten (sog. praesumta novatio), spricht Justinian in C. 8, 41, 8 den Grundsatz aus: „voluntate solum esse, non lege novandum“[8]). Danach tritt No-

---

[7]) Es handelt sich nur um eine durch den Parteiwillen herbeigeführte Ersetzung eines Schuldverhältnisses durch ein anderes (novatio voluntaria). Daneben kannte das rR. bis auf Justinian eine kraft Rechtssatzes, nämlich durch die Litiskontestation und das Urteil, eintretende Umschaffung (novatio necessaria, S. 405).

[8]) Nach römischem Civilrechte lief der Schuldner, der in zwei verschiedenen rechtsförmlichen Verpflichtungsakten die gleiche Leistung versprochen hatte, wegen der formalen Natur derartiger stricti iuris obligationes Gefahr, aus beiden Erklärungen haftbar gemacht zu werden. Daher wurde bei erneuter Verpflichtung zu einer bereits gültig begründeten Verbindlichkeit Untergang dieser durch Umschaffung vermutet (D. 45, 1, 18). Als später unter dem Einflusse des prätorischen Rechts, insbesondere nach Schaffung der exceptio doli generalis (S. 399[9]), die Berücksichtigung der Absicht der Beteiligten in den Vordergrund trat, fiel diese Befürchtung fort, und es wurden nun Geschäfte zugelassen, die dem Gläubiger mehrere Wege eröffneten,

vation nur ein, wenn die Parteien dies erklären. Doch bedarf es nach der richtigen Meinung keiner ausdrücklichen Erklärung dieses Willens; es genügt vielmehr sog. tacita novatio, d. h. der Novationswille kann auch aus den

---

einen bestimmten Anspruch durchzusetzen. Hierzu diente vor allem das durch das prätorische Recht geschaffene constitutum (Erfüllungsversprechen). Es unterschied sich von der Novation in mehrfacher Hinsicht; zunächst durch seine Formlosigkeit. Während die Novation nur in der Form der Stipulation gültig war, war das constitutum ein pactum praetorium (S. 491), das auch bei formloser Eingehung eine Klage (actio de pecunia constituta, actio constitutoria) erzeugte (D. 13, 5, C. 4, 18). Ferner trat der Anspruch aus dem constitutum neben die bisherige Verpflichtung, nicht, wie bei der Novation, an ihre Stelle. War also zB. ein Kaufpreis durch constitutum versprochen, so konnte der Käufer nach seiner Wahl entweder die actio venditi oder die actio constitutoria anstellen. Daher gingen beim constitutum (anders als bei der Novation, S. 513) die Nebenrechte nicht unter und blieben die Einreden aus dem bisherigen Schuldverhältnisse bestehen. Wurde freilich eine naturalis obligatio konstituiert, so war der Gläubiger natürlich auf die actio constitutoria allein angewiesen (D. 13, 5, 7, pr.). Im übrigen diente das constitutum den gleichen wirtschaftlichen Zwecken, wie die Novation. Insbesondere konnte dadurch die Erfüllung einer geschuldeten Leistung an einem bestimmten Zahlungstermin vereinbart und damit dem Schuldner eine Stundung gewährt werden. Eigentümlich war hierbei, daß der nicht rechtzeitig erfüllende Schuldner einer Prozeßstrafe in Höhe der Hälfte (partis dimidiae constitutae pecuniae, G. 4, 171) verfiel. Wie die Novation, konnte auch das constitutum zwischen den bisherigen Parteien (constitutum debiti proprii) oder unter Eintritt eines neuen Schuldners (constitutum debiti alieni) vorgenommen werden. Im letzterem Falle lag eine Art von Verbürgung vor, mit dem Unterschiede von der eigentlichen Bürgschaft (adpromissio), daß diese rein accessorisch ist, während das constitutum debiti alieni ein selbständiges Erfüllungsversprechen des Konstituenten darstellte und daher nur durch wirkliche Erfüllung unterging, dagegen dem Einflusse der die Hauptschuld nachträglich verändernden Ereignisse (besonders der Verjährung) entzogen war. Nach vorjustinianischem Rechte konnte das constitutum sich nur auf vertretbare Sachen beziehen. Nur Bankiers (argentarii) konnten auch hinsichtlich nicht fungibler Sachen Erfüllungsversprechen abgeben (sog. receptum argentarii mit besonderer Klage: actio recepticia, vgl. unten § 103 a). Justinian hob diese Beschränkung auf, und damit fiel die Besonderheit des receptum argentarii fort. Ferner ging die Prozeßstrafe partis dimidiae und die ehemalige Beschränkung der actio constitutoria auf Jahresfrist in das justinianische Recht nicht über (C. 4, 18, 2).

Umständen entnommen werden, er wird nur nicht mehr kraft Gesetzes vermutet.

2. Form und Arten der Novation.

Nach justin. R., das den Litteralkontrakt nicht mehr kennt (S. 486), geschieht die Novation ausschließlich in der Form der stipulatio. Zu unterscheiden ist die Novation **ohne** und **mit** Personenwechsel.

α. Bei der Novation **ohne** Personenwechsel (novatio simplex) bleiben die Parteien die gleichen; es kann sich hierbei also nur um Änderung des Inhalts des Schuldverhältnisses handeln: Ersetzung einer materiellen durch eine abstrakte Verbindlichkeit, im rR. vor allem zur Ermöglichung einer Acceptilation (unten § 82), Ersetzung einer bedingten oder befristeten durch eine unbedingte oder sofort fällige Verbindlichkeit; „quod ex empto mihi debes, dare spondes?".

β. Bei der Novation **mit** Personenwechsel (novatio qualificata) tritt entweder ein neuer Schuldner oder ein neuer Gläubiger ein.

a. Tritt in ein zwischen A als Gläubiger und B als Schuldner bestehendes Schuldverhältnis C als **neuer Schuldner** ein (Interzession, unten § 85 a), so sind verschiedene Möglichkeiten gegeben. Es kann die Absicht vorhanden sein, entweder, daß der Gläubiger **neben** dem verpflichtet bleibenden B in C einen zweiten Schuldner erhalte (Bürgschaft, Gesamtschuld) oder daß C **an Bs Stelle** trete. In diesem letzteren Falle sind wieder zwei Möglichkeiten gegeben. Entweder C succediert unter Aufrechterhaltung des Schuldverhältnisses in die Verbindlichkeit des ausscheidenden B (Schuldübernahme, unten § 85 b), oder es wird an die Stelle des zwischen A und B bestehenden und nunmehr gelösten Schuldverhältnisses ein neues zwischen A und C gesetzt („Quod Titius mihi dare oportet, id dare spondes?"). Nur in letzterem Falle liegt eine Novation vor. Hierzu bedarf es stets der Einwilligung des Gläubigers, denn dieser braucht sich natürlich keinen anderen Schuldner aufdrängen zu lassen[9]).

[9]) Ist der Gläubiger andererseits mit der Übernahme der Schuld durch den neuen Schuldner einverstanden, so wird der bisherige befreit: **qui delegat, solvit**; vgl. unten § 110[1].

Dagegen bedarf es nicht der Einwilligung des bisherigen Schuldners, wie ja auch die Erfüllung durch einen Dritten das Schuldverhältnis regelmäßig selbst „invito debitore" löst (oben S. 449): „liberat me is, qui quod debeo, promittit, etiamsi nolim" (D. 46, 2, 8, 5). Man pflegt diejenige Novation unter Eintritt eines neuen Schuldners, die sich ohne Mitwirkung des bisherigen Schuldners vollzieht, als Expromission zu bezeichnen, während man den normalen Fall, in dem der bisherige Schuldner (B, Delegant) den neuen Schuldner (C, Delegat) anweist, sich dem Gläubiger (A, Delegatar) zu verpflichten, passive Delegation, Schuldüberweisung, delegatio debiti nennt[10]).

b. Der Eintritt eines neuen Gläubigers (D) in ein zwischen A und B bestehendes Schuldverhältnis kann sich ebenfalls in verschiedener Weise und demgemäß mit verschiedenen Wirkungen vollziehen. Entweder D tritt unter Aufrechterhaltung des zwischen A und B bestehenden Schuldverhältnisses nur in As Rechte ein (Cession, unten § 83); oder es wird an Stelle des zur Lösung gelangenden Schuldverhältnisses zwischen A und B ein ganz neues zwischen D und B gesetzt (Novation): „Quod Titio debes, mihi dare spondes?". Natürlich verpflichtet B sich dem D gegenüber nur, wenn er dadurch seiner Verbindlichkeit gegen A ledig wird, und dies setzt voraus, daß A (Delegant) den B (Delegaten) anweist, sich dem D (Delegatar) zu verpflichten. In diesem Falle spricht man von aktiver Delegation, Forderungsüberweisung, delegatio nominis.

3. Wirkungen der Novation.

Durch die Novation wird das bestehende Schuldverhältnis mit seinen Vorzügen (zB. Konkursprivilegien) und Nebenrechten (Pfändern, Bürgen, Konventionalstrafe, Zinsen) von Rechts wegen (ipso iure) beseitigt. An seine Stelle tritt das neue Schuldverhältnis, das andererseits den Ein-

[10]) In den Quellen werden die Ausdrücke expromissio und delegatio durcheinander für fast alle Novationsfälle verwendet.

reden aus dem früheren nicht mehr ausgesetzt ist. Vorausgesetzt ist hierbei jedoch, daß das als bestehend angenommene frühere Schuldverhältnis gültig besteht. Wird daher zB. eine bedingte Schuld noviert, so gilt die neu eingegangene Schuld nur für den Fall, daß die Bedingung der alten eintritt (D. 46, 2, 8, 1). Meist wird das neue Schuldverhältnis abstrakt eingegangen (nach rR. durch Stipulation, nach modernem Gem. Rechte durch Wechsel oder Schuldanerkenntnis); dann entsteht es jedenfalls zunächst, kann aber (mit condictio indebiti, sine causa, causa data causa non secuta, unten § 113 b) angefochten werden, wenn es materiell hinfällig ist (heute zB. die aus einer Spielverbindlichkeit hervorgegangene Wechselschuld). Das Novationsversprechen kann aber auch das bisherige Schuldverhältnis als Bestimmungsgrund in sich aufnehmen (zB. Quidquid ex vendito dare facere oportet, dare spondes?, D. 46, 2, 27). In diesem Falle ist das Bestehen der novierten Schuld Gültigkeitsbedingung der neugeschaffenen. Diese ist also nichtig (nicht wie bei der abstrakten Novation nur anfechtbar), wenn die novierte Schuld nicht gültig bestand[11]).

---

[11]) Die Novation hatte für das rR. eine große Bedeutung; denn sie ermöglichte es, jeden wegen Mangels einer causa civilis (S. 476) der Klagbarkeit entbehrenden Vertrag zu einem klagbaren umzuwandeln und gewährte ferner die Möglichkeit des mittelbaren Eintritts eines neuen Gläubigers oder Schuldners in das Schuldverhältnis, was unmittelbar — wegen der Auffassung der Obligation als eines iuris vinculum, S. 430 — unmöglich war. Das moderne Recht bedarf — wegen der Formlosigkeit der meisten Verträge und der Zulässigkeit von Cession (unten § 83 [2]) und Schuldübernahme (unten § 85 [1]) — dieses Instituts nicht mehr und das BGB. behandelt die Novation daher nicht mehr als selbständiges Rechtsinstitut (vgl. nur § 364 Abs. 2). Das moderne Recht hat für die auch heute noch bedeutungsvolle Umwandlung einer kausalen in eine abstrakte Schuld andere Rechtsinstitute (Wechsel, Schuldversprechen, Schuldanerkenntnis, unten § 109).

§ 79. Erster Titel. Erfüllung (BGB. §§ 362—371).[1])

a. Voraussetzungen.

Erfüllung ist die Befriedigung des Gläubigers durch das Bewirken der geschuldeten Leistung. Hierzu gehört:

1. Die geschuldete Leistung muß bewirkt werden und zwar in der Regel im ganzen (D. 22, 1, 41, 1, S. 439), am richtigen Orte (S. 450) und zu richtiger Zeit (S. 452). Eine Tilgung durch eine andere als die geschuldete Leistung (sog. datio in solutum, Hingabe an Zahlungsstatt, das BGB. sagt richtiger Annahme an Erfüllungsstatt) tritt nur[2]) bei Einwilligung des Gläubigers ein (D. 12, 1, 2, 1: aliud pro alio invīto creditori solvi non potest; BGB. § 364), dann aber in gleicher Weise[3]) wie durch die Bewirkung der eigentlich geschuldeten Leistung.

---

[1]) D. 46, 3, C. 8, 43: De solutionibus et liberationibus.

[2]) Nur in einem Falle wurde nach rR. einem Gläubiger auch gegen seinen Willen „aliud pro alio" aufgezwungen (datio in solutum necessaria). In Novelle 4 c. 3 (Authentica „Hoc nisi" zu C. 8, 42, 16) führte Justinian das sog. beneficium dationis in solutum ein. Danach sollte ein zahlungsunfähiger Schuldner zwecks Vermeidung der Konkurseröffnung berechtigt sein, seine Grundstücke, sofern er sie nicht veräußern kann, nach Auswahl des Gläubigers zu einem amtlich ermittelten Taxpreis in Zahlung zu geben. Noch erweitert wurde dies beneficium zu Gunsten der Kirchen und milden Stiftungen in Novelle 120 c. 6 (Authentica „Hoc ius porrectum" zu C. 1, 2, 14: Befugnis dieser Institute, unbewegliche Sachen nach ihrer Wahl mit 10 % über den Taxwert an Zahlungsstatt zu geben) und für die im dreißigjährigen Kriege verarmten Schuldner im JRA. § 134 (auch bewegliche Sachen). Alles dies ist durch EGRO. § 4 beseitigt.

[3]) Zwischen Sabinianern und Prokulianern bestand Streit darüber (G. 3, 168), si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit, utrum ipso iure liberatur, quod nostris praeceptoribus (d. h. den Sabinianern, S. 124) placet, an ipso iure maneat obligatus, sed adversus petentem exceptione doli mali defendi debeat, quod diversae scholae auctoribus (den Prokulianern) visum est. Justinian entschied für die ipso iure-Beseitigung des Schuldverhältnisses durch datio in solutum (I. 3, 29, pr., ebenso BGB. § 364).

Da die d. i. s. als Erfüllung gilt, so bewirkt sie die endgültige Auflösung des Schuldverhältnisses. Dadurch unterscheidet sie sich von

2. Die Leistung muß an den Gläubiger erfolgen. Im rR.[4]) wurde dieser Grundsatz wegen der Unzulässigkeit der Cession (unten § 83 a), des Versprechens der Leistung an einen Dritten (S. 499) und der unmittelbaren Stellvertretung (S. 337) tatsächlich durchgeführt. Sollte die Zahlung außer an den Gläubiger auch an einen Dritten erfolgen dürfen, so mußte dies bei Eingehung der Stipulation berücksichtigt werden. Dies konnte entweder so geschehen, daß neben dem Gläubiger ein Dritter eine selbständige Stipulation (adstipulatio) auf den Leistungsgegenstand abschloß (Quod Titio debes, idem mihi dare spondes?). Dann wurde der Dritte (adstipulator) nach außen hin wahrer Korrealgläubiger, konnte also wie ein solcher durch Stundung, Erlaß, Aufrechnung über die Forderung verfügen, während er dem Hauptgläubiger gegenüber die Stellung eines Beauftragten hatte. Es lag also ein fiduziarisches Verhältnis vor (S. 291[4]). Oder die Stipulation wurde derart vorgenommen, daß der Dritte in dem zwischen Gläubiger und Schuldner geschlossenen Schuldvertrage nur zum Zahlungsempfang ermächtigt wurde (solutionis causa adiectus; „mihi aut Seio dare spondes"?; I. 3, 19, 4); dann galt der Dritte zum Zahlungsempfang nur für ermächtigt, „si in eadem causa maneat" (D. 46, 3, 38, pr.; vgl. S. 509[5]).

---

der Novation, bei der nur an die Stelle des alten ein neues Schuldverhältnis tritt. Die Folge davon ist, daß wenn zB. eine Spielschuld noviert wird, die neue Schuld mit dem Spieleinwand (unten § 106) angefochten werden kann, während die Tilgung einer Spielschuld durch d. i. s. unanfechtbar ist; vgl. BGB. § 762 Abs. 2.

Die gemeinrechtliche Streitfrage, ob im Falle der Eviktion des in solutum gegebenen Gegenstands der Gläubiger auf die getilgte Forderung und die dafür haftenden Bürgen und Pfänder zurückgreifen kann (so D. 46, 3, 46, pr.) oder nur die Rechte eines Käufers wegen Entwehrung (unten § 88 a 2) gegen den Schuldner hat (so C. 8, 44, 4) ist im BGB. § 365 im letzteren Sinne entschieden.

[4]) Nach modernem Recht wird der Schuldner durch Leistung an den gesetzlichen (Gewalthaber, Vormund) oder rechtsgeschäftlichen Vertreter (Prokuristen, Inkassomandatar, Vorzeiger einer — echten — Quittung, § 370, Gerichtsvollzieher, CPO. § 755) in gleicher Weise wie durch Leistung an den Gläubiger persönlich befreit.

Leistet der Schuldner an einen nicht zur Leistungsannahme berechtigten Dritten, so wird er nur befreit (Konvaleszenz, S. 316), wenn der Dritte nachträglich die Forderung erwirbt (D. 46, 3, 96, 4), wenn der Gläubiger den Dritten in unbeschränkter Haftung für die Nachlaßschulden beerbt (D. 13, 7, 11, 5), wenn der Gläubiger die Erfüllung genehmigt (D. 46, 3, 12, 4, BGB. § 362 Abs. 2) oder der Dritte ihm das Geleistete ausantwortet[5]).

Über die Leistung durch einen anderen als den Schuldner vgl. S. 449.

3. Die Leistung muß zwecks Tilgung des Schuldverhältnisses erfolgen. Sind mehrere gleichartige Schulden, so vor allem Geldschulden, vorhanden, so kann der Schuldner bestimmen, welche Schuld er durch die Erfüllung tilgen will. Tut er dies nicht, so kann der Gläubiger beim Empfang erklären, auf welche Schuld er die Forderung anzurechnen beabsichtigt. Mangelt es an einer Erklärung eines Beteiligten, so gilt als getilgt: die Zinsschuld vor dem Kapital, die fällige Schuld vor der nicht fälligen, die dem Schuldner beschwerliche vor der weniger beschwerlichen, die ältere vor der jüngeren. Trifft keiner dieser Fälle zu, so sind die Schulden als anteilig getilgt zu betrachten (D. 46, 3, 1 ff., C. 8, 42, 1; ähnlich BGB. §§ 366, 367).

b. Wirkungen der Erfüllung.

Durch die rechtswirksame Erfüllung wird das Schuldverhältnis ipso iure beseitigt. Den Beweis der Erfüllung, den der Schuldner zu führen hat, erbringt er durch Vor-

---

[5]) Vgl. D. 46, 3, 61: In perpetuum quotiens id, quod tibi debeam, ad te pervenit et tibi nihil absit nec quod solutum est repeti possit, competit liberatio. Streitig war nach Gem. R. (vgl. D. 13, 7, 11, 5 und D. 44, 4, 6), ob eine an den Gläubiger des Gläubigers geleistete Erfüllung (z.B. der Aftermieter zahlt den seinem Vermieter zukommenden Mietzins direkt an den Hauswirt) den Schuldner unmittelbar (ipso iure) befreit oder ob die Befreiung nur durch Aufrechnung mit der dem Schuldner als negotiorum gestor durch die Leistung erwachsenden Ersatzforderung eintritt. Für das BGB. ist jedenfalls nur die letztere Anschauung gerechtfertigt.

weisung einer Quittung (von quietatio, in den Quellen apŏcha, securitas), d. h. ein schriftliches Empfangsbekenntnis des Gläubigers.[6][7])

§ 80. Zweiter Titel. Hinterlegung (BGB. §§ 372—386).

Ist der Gläubiger im Annahmeverzug (S. 466) oder kann der Schuldner aus einem sonstigen in der Person des Gläubigers liegenden Grunde sich der ihm obliegenden Leistungen nicht entledigen, zB. wegen Ungewißheit über die Person des Gläubigers (D. 16, 3, 1, 37), so gewährt ihm

---

[6]) Hierauf hat der Schuldner nach BGB. § 368 einen Anspruch. Dagegen war nach rR. ein besonderer Anspruch des Schuldners auf Quittungserteilung nicht anerkannt. Der Schuldner mußte, falls der Gläubiger die Erteilung einer apocha verweigerte, den Beweis der Zahlung durch Zeugenzuziehung sichern. Da Quittungen (gleich den Schuldscheinen, S. 481[10]) vielfach vor der wirklichen Leistung ausgehändigt wurden, so bestimmte Justinian in C. 4, 30, 14, daß sie erst 30 Tage nach der Ausstellung volle Beweiskraft haben sollten. Diese Vorschrift ist durch EGCPO. § 17 beseitigt.

Das rR. stellt beim Vorhandensein gewisser Umstände eine Rechtsvermutung für die Tilgung einer Schuld auf. Der Schuldner ist in diesen Fällen also, auch ohne daß er eine Quittung vorweisen kann, des ihm sonst zur Last fallenden Beweises der Erfüllung enthoben. Nach C. 10, 22, 3 soll bei Vorhandensein der Steuerquittungen der drei letzten Jahre die Tilgung der älteren Steuern vermutet werden. Durch die gemeinrechtliche Praxis wurde diese Leistung auf alle terminlichen Leistungen (wie Zins- und Mietzahlungen) ausgedehnt. Nach D. 2, 14, 2, 1 wird durch die Rückgabe und nach D. 22, 3, 24 durch die Vernichtung der Schuldverschreibung („Kassation" durch Zerschneiden oder Zerreißen, „si chirographum cancellatum fuerit") eine Vermutung für die Tilgung der Schuld geschaffen. Hiervon ist nichts in das BGB. übergegangen.

[7]) In Rom wurde zwischen der Wirkung der acceptilatio (S. 525) und der apocha streng unterschieden; D. 46, 4, 19, 1: Inter acceptilationem et apocham hoc interest, quod acceptilatione omni modo liberatio contingit, licet pecunia soluta non sit, apocha non alias, quam si pecunia soluta sit. Danach war die acceptilatio (als „imaginaria solutio", I. 3, 29, 1) gleich dem heutigen Erlaßvertrag (unten § 82) ein abstraktes, ohne Rücksicht auf das Vorhandensein des vorausgesetzten Tilgungsgrunds wirksames Tilgungsgeschäft, während die apocha reines Beweismittel war.

das spätere[1]) römische und das moderne Recht das Mittel der Hinterlegung (depositio, nicht zu verwechseln mit dem depositum, dem Verwahrungsvertrage, unten § 102); d. h. der Schuldner ist berechtigt, sich dadurch von seiner Schuld zu befreien, daß er die geschuldete Sache (andere Leistungen sind nicht hinterlegungsfähig, vgl. BGB. § 372) an einer öffentlichen Stelle[2]) niederlegt, von welcher sie der Gläubiger (mit einer actio depositi utilis) abfordern mag.

Durch eine rechtmäßige, d. h. beim Vorliegen eines Hinterlegungsgrundes in der vorgeschriebenen Form erfolgte Hinterlegung wird der Schuldner ebenso wie durch Erfüllung befreit. Bei verzinslichen Geldschulden hört also der Zinsenlauf auf, die Gefahr der hinterlegten Sache geht auf den Gläubiger über, und die für die Schuld haftenden Pfänder und Bürgen werden frei[3]).

§ 81. Dritter Titel. Aufrechnung (BGB. §§ 387—396).

a. Begriff und geschichtliche Entwickelung.

Aufrechnung (Wettschlagung)[1]) ist Tilgung einer Forderung durch Anrechnung einer fälligen, gleichartigen Gegenforderung des Schuldners; D. 16, 2, 1: Compensatio („Aufwägung") est debiti et crediti inter se contributio.

---

[1]) Nach früherem rR. konnte der Schuldner beim Annahmeverzuge des Gläubigers die Sache derelinquieren (oben S. 467).

[2]) In Rom in einem Tempel (Anm. 3) oder der kirchlichen oder städtischen Schatzkammer (in cimeliarchio, C. 11, 48, 20, 1), heute (EG. Art. 144, 145) bei den sog. Hinterlegungsstellen, als welche in Preußen die Bezirksregierungen bestimmt sind.

[3]) Vgl. C. 4, 32, 19: Acceptam mutuo sortem cum usuris licitis creditori post testationem offer ac, si non suscipiat, consignatam in publico depone, ut cursus usurarum legitimarum inhibeatur. In hoc autem casu publicum intellegi oportet vel sacratissimas aedes vel ubi competens iudex super ea re aditus deponi eas disposuerit. Quo subsecuto etiam periculo debitor liberabitur et ius pignorum tollitur.

[1]) D. 16, 2 und C. 4, 31: De compensationibus.

Die Aufrechnung hat sich im rR. erst allmählich zu einem selbständigen Rechtsinstitut entwickelt.

1. Ursprünglich wurde die Tatsache, daß der seine Forderung einklagende Gläubiger gleichzeitig Schuldner des Beklagten war, nicht berücksichtigt. Vielmehr mußte dieser seine Forderung gegen den Kläger in einem besonderen Prozesse geltend machen. Hiervon wurden nur zwei Ausnahmen gemacht (vgl. G. 4, 61 ff.):

α. Argentarii (Bankiers) durften nur „cum compensatione agere", d. h. sie durften zur Vermeidung einer den Verlust des Anspruchs herbeiführenden pluris petitio re (S. 405[2]) gegen ihre Kunden nur auf den bei Vergleichung der beiderseitigen gleichartigen und fälligen Forderungen sich ergebenden Überschuß klagen, also wie man heute beim Kontokurrentverkehr sagt, auf den beim Rechnungsabschlusse sich zu ihren Gunsten ergebenden „Saldo".

β. Der bonorum emptor (Konkursmassenkäufer), sollte „cum deductione agere", d. h. er mußte sich auf die von ihm erkauften Forderungen des Gemeinschuldners gegen dritte die Gegenansprüche der Schuldner gegen den Gemeinschuldner anrechnen lassen, auch wenn sie nicht fällig und gleichartig waren (vgl. ebenso KO. § 54).[2])

2. Mit Einführung der bonae fidei negotia (S. 390) konnte bei diesen das Vorhandensein von Gegenforderungen nicht unbeachtet bleiben. Denn da der iudex hierbei angewiesen wurde, den Beklagten nur auf das zu verurteilen, wozu dieser nach Treu und Glauben (ex fide bona) verpflichtet war, so mußte er mindestens die aus dem gleichen Rechtsverhältnis (ex eadem causa) entsprungenen Gegenansprüche des Beklagten in Rücksicht ziehen. Hierzu brauchte der Beklagte sich nicht durch die Einrückung einer exceptio

---

[2]) Der argentarius durfte also schon seine intentio (S. 167[1]) nur auf den Saldo richten, sonst wurde er (wegen plus petitio re, S. 405[2]) ganz abgewiesen. Der bonorum emptor dagegen konnte seine intentio auf den Betrag der Forderung richten, der Prätor wies erst in der condemnatio den iudex an, den Beklagten nur cum deductione zu verurteilen.

doli (generalis) in die Klageformel zu ſichern, denn „doli exceptio bonae fidei iudiciis inest“ (S. 391[14]). Andererſeits brachte die Überlaſſung der Entſcheidung an den iudex den Nachteil, daß die Berückſichtigung der Gegenforderungen der freien Beurteilung des iudex unterlag. Eine Aufrechnung der ex dispäri causa, d. h. aus einem anderen Rechtsverhältnis als dem der Klageforderung zu Grunde liegenden, entſtandenen Forderungen fand auf dieſer Stufe der Rechtsentwicklung noch nicht ſtatt. Daher gab es überhaupt keine Aufrechnung gegen stricti iuris actiones, bei denen von „konnexen“, dem gleichen Rechtsverhältniſſe entſpringenden Gegenforderungen nicht die Rede ſein konnte.

3. Mark Aurel endlich ließ die Kompenſation auch ex dispari causa, alſo auch gegenüber stricti iuris actiones zu, ſofern der Beklagte in iure, d. h. noch vor der Überweiſung des Verfahrens an den iudex, die Einrückung einer exceptio doli (generalis, nach dem Grundſatze „dolo facit, qui petit quod redditurus est“, D. 50, 17, 173, 3) erwirkt hatte. Mit dem Fortfalle des Formularverfahrens wird auch dieſe prozeßrechtliche Vorbedingung hinfällig. Die Aufrechnung bedarf von jetzt an nicht mehr der Einfügung einer exceptio in die formula, ſondern gilt, ſofern ſie nur vom Schuldner vor dem Urteil geltend gemacht wird, ohne weiteres als erfolgt (ſo erklärt ſich das berühmte „ipso iure compensatur“, unten S. 524) und iſt unter den ſpäter zu beſprechenden Erforderniſſen allen, ſelbſt den dinglichen Anſprüchen gegenüber zuläſſig, nur nicht gegen die actio depositi directa[5]).

---

[5]) Vgl. I. 4, 6, 30: In bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. in quo et illud continetur, ut, si quid invicem actorem praestare oporteat, eo compensato in reliquum is cum quo actum est condemnari debeat. sed et in strictis iudiciis ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur. sed nostra constitutio (C. 4, 31, 14) eas compensationes, quae iure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant sive in rem sive personales sive alias quascumque, excepta sola depositi actione, cui

b. **Voraussetzungen der Aufrechnung** sind nach rR.: **Gegenseitigkeit, Gleichartigkeit, Fälligkeit, Liquidität mehrerer einander gegenüberstehender rechtsgültiger Forderungen.**

1. **Vorhandensein rechtsgültiger Forderungen.** Zur Aufrechnung dienlich ist nur eine gültige, nicht eine einer peremtorischen Einrede unterworfene Forderung (D. 16, 2, 14: Quaecumque per exceptionem peremi possunt, in compensationem non veniunt; ebenso BGB. § 390); **Klagbarkeit** ist dagegen nicht erforderlich (D. 16, 2, 6: Etiam quod natura debetur, venit in compensationem, anders BGB.; vgl. oben S. 472).

2. **Gegenseitigkeit.** Grundsätzlich kann der Schuldner nur mit einer Forderung aufrechnen, die **ihm** gegen den **Gläubiger** zusteht (keine compensatio ex iure tertii, vgl. C. 4, 31, 9: Eius, quod non ei debetur qui convenitur, sed alii, compensatio fieri non potest). Ausnahmsweise kann der Schuldner zur Aufrechnung benutzen:

α. **Forderungen eines Dritten**, so der **Bürge**[4]) nicht nur seine Forderungen, sondern auch die des Hauptschuldners und der **Gesamtschuldner**, auch die des Mitschuldners, falls ihm dieser regreßpflichtig ist[5]).

β. **Forderungen gegen einen Anderen als den Gläubiger**, so der debitor cessus (unten § 84 b 1) die Forderungen nicht nur gegen den Cessionar, sondern auch gegen den Cedenten (BGB. § 406).

---

aliquid compensationis nomine opponi satis impium esse credi dimus, ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur.

Über den Unterschied der **Aufrechnung** vom **Zurückbehaltungsrecht** vgl. oben S. 471.

[4]) D. 16, 2, 5: Si quid a fideiussore petetur, aequissimum est eligere fideiussorem, quod ipsi an quod reo debetur, compensare malit: sed et si utrumque velit compensare, audiendus est. BGB. § 770 Abs. 2 gewährt dem Bürgen nur eine dilatorische Einrede.

[5]) D. 45, 2, 10: Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet. Anders BGB. § 422 Abs. 2.

3. **Gleichartigkeit.** Forderungen auf ungleichartige Leistungen können nicht aufgerechnet werden[6]; als solche gelten unter Umständen (vgl. BGB. § 391) auch Forderungen auf gleichartiges, wenn für sie verschiedene Leistungsorte bestehen.

4. **Fälligkeit.** Noch nicht fällige Forderungen an den Gläubiger können gegen dessen Willen nicht zur Aufrechnung benutzt werden (D. 16, 2, 7, pr.: Quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies venit; vgl. BGB. § 387).

5. **Liquidität.** Justinian bestimmte bei der Neuregelung und Ausdehnung der Aufrechnung in C. 4, 31, 14, 1: Ita tamen compensationes obici iubemus, si causa ex qua compensatur, liquĭda sit et non multis ambagibus innodata, sed possit iudici facilem exitum sui praestare. Danach sollten, um eine Verschleppung des Prozesses zu vermeiden, nur sofort klarzustellende, die Fällung der Entscheidung nicht verzögernde („liquide") Gegenforderungen berücksichtigt werden (liquĭdi cum illiquido nulla est compensatio).[7])

Ausgeschlossen ist nach rR. die Aufrechnung trotz Vorliegens[8]) aller Erfordernisse — abgesehen vom vertragsmäßigen Ausschlusse derselben — gegenüber einer Forderung wegen **verbotener Eigenmacht** (C. 4, 31, 14, 2: Possessionem autem alienam perperam — zu Unrecht — occupantibus compensatio non datur, weitergehend BGB.

---

[6]) Vgl. G. 4, 66, 6: In compensationem hoc solum vocatur, quod eiusdem generis et naturae est: veluti pecunia cum pecunia compensatur, triticum cum tritico, vinum cum vino; adeo ut quibusdam placeat non omni modo vinum cum vino aut triticum cum tritico compensandum, sed ita si eiusdem naturae qualitatisque sit.

[7]) Das BGB. hat diese Voraussetzung der Aufrechnung nicht aufgenommen, der Prozeßverschleppung wird durch die CPO. §§ 145, 301 entgegengetreten.

[8]) Andererseits fallen heute im Konkurse mehrere dieser Erfordernisse, besonders das der Fälligkeit und das der Gleichartigkeit fort (KO. § 54).

§ 393); gegenüber der actio depositi directa, auch wenn es sich um ein depositum irregulare handelt, wobei „tantundem eiusdem generis“ zurückzugeben und daher Gleichartigkeit der Gegenansprüche denkbar ist (C. 4, 34, 11, in das BGB. nicht übernommen); gegenüber gewissen Forderungen der öffentlichen Verbände, besonders für Abgaben (D. 16, 2, 20; 49, 14, 46, 5, C. 4, 31, 3 und 7). Gegenüber Forderungen des Fiskus können ferner überhaupt nur Gegenforderungen, die aus derselben statio fisci zu berichtigen sind, aufgerechnet werden (S. 237[8]).

c. Wirkung der Aufrechnung.

1. Die römischen Quellen erklären an verschiedenen Stellen, daß „ipso iure compensatur“ (D. 16, 2, 4 und 10, pr., C. 4, 31, 4 und 14, pr.). Das bedeutet nicht, wie der Glossator Martinus (S. 150) meinte, daß mit dem Augenblicke des Gegenüberbestehens aufrechnungsfähiger Forderungen diese von selbst (sine facto hominis) als getilgt anzusehen sind. Vielmehr bedarf es, wie schon Azo lehrte (ebenso BGB. §§ 388, 389), zur Herbeiführung der Aufrechnung stets einer Erklärung des einen gegenüber dem anderen Beteiligten und der — aus der geschichtlichen Entwicklung der Aufrechnung zu erklärende[9]) — Satz „ipso iure compensatur“ bedeutet nur, daß falls die Aufrechnungserklärung abgegeben wird, die Forderungen, soweit sie sich decken (quoad summam concurrentem) als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind[10]).

---

[9]) Ehemals wirkte die Aufrechnung nur im Falle der in iure zu beantragenden Einfügung einer exceptio also nur ope exceptionis, später ohne dies, ipso iure (S. 399). Dernburg weist zur Erklärung des Satzes ipso iure compensatur darauf hin, daß ehemals die Zulassung der Aufrechnung im Belieben des iudex gelegen habe (vgl. den erst von Studemundt entzifferten Satz in G. 4, 63: Liberum est tamen iudici, nulla omnino invicem compensationis rationem habere), während sie später „von Rechts wegen“ (ipso iure) nicht nach dem Belieben des Richters eintrat.

[10]) Hat also A eine verzinsliche Forderung an B und erwirbt B am 1. Juli 1904 durch Abtretung Cs unverzinsliche Forderung

2. Compensatio compensationis non datur, d. h. der Gläubiger, welcher eine von mehreren ihm gegen den Schuldner zustehenden Forderungen einklagt, kann die exceptio compensationis des Schuldners nicht durch eine auf eine der nicht eingeklagten Forderungen gestützte replica compensationis beseitigen (vgl. BGB. § 396).

3. Wer trotz der Möglichkeit einer Aufrechnung zahlt, kann nach rR. das Gezahlte mit der condictio indebiti zurückfordern[11]).

§ 82. Vierter Titel. Erlaß (BGB. § 397).

Erlaß ist Befreiung des Schuldners durch Vertrag mit dem Gläubiger. Ein Erlaß kann nach rR. durch zwei nach Form und Wirkung verschiedene Rechtsinstitute herbeigeführt werden: durch acceptilatio und durch pactum de non petendo.

a. Die acceptilatio ist ein formelles, der Bedingung und Befristung unzugängliches (S. 323) und nur Verbalobligationen gegenüber als Lösungsmittel geeignetes (S. 477[5]) Rechtsgeschäft, während das dem prätorischen Recht entstammende pactum de non petendo formlos, bei allen Schuldverhältnissen und auch auf Zeit oder bedingt anwendbar ist[1]).

---

gleicher Höhe gegen A, so braucht B vom 1. Juli 1904 ab keine Zinsen zu zahlen, auch wenn B erst am 1. Juli 1906 die Aufrechnungserklärung abgibt; D. 16, 2, 11.

[11]) D. 16, 2, 10, 1: Si quis igitur compensare potens solverit, condicere poterit quasi indebito soluto. Der Schuldner konnte aber natürlich statt der condictio indebiti auch das (nicht aufgerechnete) Forderungsrecht geltend machen (D. 12, 6, 30). Nach BGB. steht ihm dagegen die condictio indebiti nicht zu, da er — solange die Aufrechnungserklärung noch nicht abgegeben ist — nicht auf ein indebitum zahlt.

[1]) Ein als acceptilatio unwirksames Geschäft konnte mitunter (im Wege einer Konversion, S. 316) als pactum de non petendo wirksam werden; vgl. zB. D. 46, 4, 19, pr.: Si accepto latum fuerit ei, qui non verbis, sed re obligatus est, non liberatur quidem, sed exceptione doli mali vel pacti conventi se tueri potest.

b. Nach rR. bewirkt die acceptilatio die Auflösung des Schuldverhältnisses ipso iure. Dagegen erzeugt das pactum de non petendo nur eine exceptio pacti, die der Schuldner geltend machen muß (und zwar zur Zeit des Formularverfahrens bereits in iure, um die Einrückung der Klausel „si non inter partes convenerit, ne pecunia peteretur" zu erreichen).[2]) Nur gewisse Strafklagen (actio furti und actio iniuriarum) werden durch ein pactum de non petendo schon ipso iure beseitigt (D. 2, 14, 17, 1).[3])

Vierter Abschnitt. Übertragung der Forderung (BGB. §§ 398—413).

§ 83. Voraussetzungen des Forderungsübergangs.

a. Forderungsübergang. Geschichte.

Bei der Auffassung der obligatio als eines iuris vinculum (S. 430) erschien es nach rR. — abgesehen vom Erbgange, wobei der Erbe die Rechtspersönlichkeit des Erblassers mit der seinen vereint — begrifflich unmöglich, das

---

[2]) Das (in D. 2, 14, C. 2, 3: De pactis behandelte) pactum de non petendo kann entweder in personam oder in rem gerichtet sein und zwar im ersteren Fall entweder in personam debitoris, wenn die exceptio pacti nur dem Schuldner persönlich, nicht seinem Erben oder Mitschuldner zusteht, oder in personam creditoris, wenn die Einrede nur dem Gläubiger persönlich, nicht auch seinem Erben entgegengestellt werden kann. Aus einem in rem geschlossenen pactum de non petendo dagegen entsteht eine exceptio pacti für und gegen jeden am Schuldverhältnisse Beteiligten.

[3]) Nach BGB. ist der (abstrakte) Erlaßvertrag an keine Form gebunden, auch nicht der negative Anerkennungsvertrag (das Anerkenntnis des Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses, BGB. § 397 Abs. 2), während das positive Schuldanerkenntnis in der Regel der Schriftform bedarf (BGB. § 781). Durch den Erlaß wird das Schuldverhältnis ipso iure beseitigt.

Gläubigerrecht vom Gläubiger, die Schuldpflicht vom Schuldner zu trennen. Sollte der ursprüngliche Gläubiger oder Schuldner durch eine andere Person ersetzt werden, so war dies nur im Wege einer Novation (S. 512) möglich, wobei jedoch nicht das bisherige Schuldverhältnis fortgesetzt, sondern an seine Stelle ein neues gesetzt wurde. Die Folge davon war, daß es zur Begründung des neuen Schuldverhältnisses stets der Mitwirkung des bisherigen Schuldners bedurfte und daß dem neu begründeten Schuldverhältnisse gegenüber Einreden aus dem früheren unzulässig waren, während andererseits die für das frühere Schuldverhältnis bestehenden Sicherheiten (Bürgen, Pfänder) sich auf das neue nicht übertrugen, vielmehr mangels erneuter Begründung untergingen (S. 513).

Diese das Verkehrsleben hemmende Unlösbarkeit des Schuldverhältnisses von der Person der ursprünglich Beteiligten ist hinsichtlich der passiven Seite, des Eintritts eines neuen Schuldners in das fortbestehende Schuldverhältnis vom rR. niemals verlassen worden. Die Römer haben nie eine Schuldübernahme in dem unten § 85 zu erörternden Sinne gekannt. Dagegen ließen sie hinsichtlich der Aktivseite, also des Eintritts eines neuen Gläubigers eine gewisse Lockerung zu, wenn auch stets nur auf Umwegen und unter grundsätzlicher Aufrechterhaltung des Gedankens, daß das Gläubigerrecht von der Person des ursprünglichen Gläubigers untrennbar ist.

1. Mandatum ad agendum in rem suam.

Durch das Formularverfahren wurde die Möglichkeit geschaffen, Klagen durch Stellvertreter anzustellen (S. 407[5]). Wollte nun Titius eine ihm gegen Mävius zustehende Forderung dem Sejus zuwenden, so wies er diesen an, als procurator die Klage zu erheben und das Erhaltene für sich zu behalten (G. 2, 38 ff.). Sejus war nach außen, dem Mävius gegenüber, Stellvertreter des Titius, nach innen, dem Titius gegenüber, Empfangsberechtigter (procurator in rem suam).[1])

[1]) In der Klagformel trat diese Doppelstellung dadurch in die Erscheinung, daß die intentio auf den ursprünglichen Gläubiger, die

2. Actio utilis.

Der in dem mandatum ad agendum in rem suam liegende Behelf gewährte dem Forderungserwerber (Cessionar) eine sehr unsichere Rechtsstellung. Denn da er zu dem ursprünglichen Gläubiger (Cedenten) im Verhältnis eines Beauftragten (Mandatars) zum Auftraggeber (Mandanten) stand, so konnte sein mandatum ad agendum ihm durch einfachen Widerruf des Auftrags entzogen werden; es erlosch ferner durch den Tod des Cedenten oder Cessionars von selbst, und endlich konnte der Schuldner (debitor cessus) statt an den Beauftragten immer noch auch an den Auftraggeber leisten. Erst mit der Litiskontestation, also der Aushändigung der auf seinen Namen gestellten Formel an den Cessionar, erhielt dieser ein unmittelbares und unentziehbares Recht gegen den debitor cessus; denn damit war der Anspruch des Gläubigers verbraucht (S. 405).

Um den Cessionar (oder richtiger Inkassomandatar) nun auch für die Zeit vor der Litiskontestation sicher zu stellen, wurde in der Kaiserzeit (zuerst von Antoninus Pius zu Gunsten des Erbschaftskäufers, D. 2, 14, 16, pr., dann auch für den Forderungskauf, C. 4, 39, 8, endlich ganz allgemein) dem Cessionar schon von Abschluß des Übertragungsvertrags an das Recht gewährt, die erworbene Forderung im eigenen Namen durch eine der Klage des Cedenten nachgebildete Klage, also durch eine actio utilis (S. 385), geltend zu machen (D. 20, 1, 20). Da nunmehr der Cessionar nicht mehr alieno, sondern suo nomine klagte (daher lautete die intentio auch nicht mehr auf den Cedenten, S. 527[1], sondern auf den Cessionar), war sein Recht dem Widerrufe des Cedenten entzogen und vererblich.

3. Denuntiatio.

Die Gewährung einer actio utilis befestigte das Recht des Cessionars jedoch nur dem Cedenten, nicht auch dem

condemnatio auf den in dessen Namen auftretenden Empfangsberechtigten gestellt wurde (Si paret, Maevium Titio decem dare oportere, Maevium Seio decem condemna, si non paret, absolve; G. 4, 86).

Schuldner, dem debitor cessus, gegenüber. Für diesen galt, bis mit dem Cessionar die Litiskontestation stattgefunden hatte, der Cedent als alleiniger Gläubiger. Bis zur Litiskontestation konnte der Schuldner durch Leistung an den Cedenten das Recht des Cessionars also immer noch vernichten. Um den Cessionar auch dem debitor cessus gegenüber schon vor der Litiskontestation sicher zu stellen, wurde die denuntiatio oder certioratio eingeführt, d. h. man legte einer den debitor cessus von der Übertragung in Kenntnis setzenden Benachrichtigung durch den Cessionar die Wirkung der Litiskontestation bei. Dies wird in einer Konstitution Gordians III. (239 n. Chr., aufgenommen in C. 8, 41, 3, pr.) ausdrücklich anerkannt. Nunmehr hatte der Cessionar also schon von der Denuntiation an gegen den debitor cessus ein festes Recht auf Empfangnahme der Leistung[2]).

b. Arten des Forderungsübergangs.

Der Übergang einer Forderung kann sich vollziehen:

1. durch einen Vertrag (Abtretung, cessio voluntaria);[3])

[2]) Über diese Rechtsbehelfe ist das rR. (D. 18, 4 und C. 4, 39: De hereditate vel actione vendita) niemals hinausgegangen. Auch auf seiner letzten Entwickelungsstufe hat es nie den wirklichen Eintritt des Cessionars an die Stelle des Cedenten in das zwischen diesem und dem Schuldner bestehende Schuldverhältnis für möglich erachtet, sondern ist dabei stehen geblieben, daß der Cessionar nur die dem Cedenten zustehenden Rechte, insbesondere dessen Klagerecht, zur eigenen Ausübung übertragen erhalte. Daher sprechen die Quellen meist nicht von „cedere nomen", sondern von „mandare" oder „cedere actionem" (C. 8, 41, 3, pr.); vgl. jedoch zB. C. 4, 35, 23 (transferre debitum). Dagegen hat schon die herrschende Meinung des Gem. R. (gegen Mühlenbruch, Puchta, Vangerow) die Übertragbarkeit der Forderung selbst, also des Eintritts eines neuen Gläubigers an Stelle des bisherigen unter sonstiger Aufrechterhaltung des bisherigen Schuldverhältnisses anerkannt und das Gleiche bestimmt BGB. § 398.

[3]) Die Abtretung ist der dingliche Vertrag, durch den — nach moderner Auffassung — das Forderungsrecht aus dem Vermögen des Cedenten ausscheidet und in das des Cessionars übergeht. Wie bei der Übergabe beweglicher und der Auflassung unbeweglicher Sachen ist von

2. durch richterliche Überweisung (cessio necessaria), so bei Auseinandersetzungen (zB. zwischen Miterben) und im Zwangsvollstreckungsverfahren;

3. kraft Gesetzes (cessio legis).[4])

c. Übertragbarkeit der Forderungen.

Grundsätzlich sind alle Forderungen übertragbar („cessibel"), auch bedingte und befristete (D. 18, 4, 17 u. 19). Die regelwidrige Unübertragbarkeit einer Forderung kann sich ergeben:

1. aus ihrer Natur; so sind accessorische Rechte (S. 247, Pfand-, Bürgschafts-, Vorzugs-, Zurückbehaltungsrechte) grundsätzlich nur mit der Hauptforderung übertragbar, es sei denn, daß sie eine Selbständigkeit erlangen können (wie verfallene Zinsen, S. 441, und Vertragsstrafen, S. 503); ferner sind unübertragbar iura personalissima, d. h. Forderungen, die einem persönlichen Bedürfnisse eines be-

---

dem dinglichen Rechtsakt das obligatorische Geschäft (causa cessionis, zB. Schenkung, Kauf) zu trennen, in dessen Verfolg der Rechtsakt vorgenommen wird. Sind Cedent und Cessionar darüber einig, daß eine Forderung abgetreten werden soll, so kommt es für die Rechtsbeständigkeit des Forderungsübergangs auf die Rechtsbeständigkeit des diese veranlassenden obligatorischen Geschäfts nicht an. Die Abtretung ist vielmehr gleich der Übergabe und Auflassung ein abstraktes Geschäft (S. 272).

[4]) Von cessio necessaria spricht man allerdings nicht nur in dem Falle, in welchem der Richter jemandem ein einem Anderen gehörendes Forderungsrecht (konstitutiv) zuweist, sondern auch im Sinne von erzwingbarer Abtretung, wobei der Richter also nur (deklaratorisch) ausspricht, daß jemand zur Abgabe einer Abtretungserklärung (auf Grund einer causa cessionis) verpflichtet ist; in diesem Falle gilt die Erklärung mit Rechtskraft des Urteils als abgegeben (ZPO. § 894). Unrichtig ist aber die früher verbreitete Anschauung (Savigny, Puchta), daß im Falle einer erzwingbaren Cession die Forderung von Rechts wegen auf den Cessionar übergehe, daß also jede cessio necessaria (im Sinne von erzwingbarer Abtretung) als cessio legis gelte. Eine cessio legis liegt vielmehr nur dann vor, wenn das Gesetz erklärt, daß unter gewissen Voraussetzungen eine für jemanden entstandene Forderung unmittelbar als Forderung eines Anderen gelte (BGB. § 412, vgl. BGB. §§ 268 Abs. 3, 426 Abs. 2, 774, 1143, 1225, 1249; HGB. §§ 25 ff., 411, 441).

stimmten Berechtigten entsprechen (wie Alimentenforderungen) und solche Forderungen, welche die Genugtuung eines Verletzten bezwecken, wie die actiones vindictam spirantes und die actio iniuriarum (unten § 114);[5]) auch actiones populares sind nicht abtretbar (D. 47, 2, 5 u. 7);

2. aus rechtsgeschäftlicher Anordnung, besonders einem pactum de non cedendo (so bei nur für die Person gültigen Abonnements usw., vgl. BGB. § 405);

3. aus einer behördlichen Anordnung; vgl. CPO. § 829 (sog. arrestatorium bei einer Forderungspfändung), KO. § 106 (allgemeines Veräußerungsverbot);

4. unmittelbar aus dem Gesetze. Nach rR. gehören hierher:

α. die Unübertragbarkeit der actio litigiosa (S. 410);

β. das Verbot der cessio ad potentiorem. Nach C. 2, 13, 2 ist bei Strafe der Befreiung des Schuldners („iactura multentur") die Abtretung einer Forderung an einen potentior, d. h. einen in einflußreicherer sozialer Stellung als der bisherige Gläubiger Stehenden, verboten[6]);

γ. das Verbot der Abtretung von Forderungen gegen den Mündel an den Vormund. Nach Nov. 72,5 darf der Gläubiger einer Forderung gegen einen Mündel sie bei Strafe ihres Verlusts nicht an dessen gegenwärtigen oder ehemaligen Vormund abtreten[7]).

---

[5]) Die für das rR. streitige Übertragbarkeit (und Vererblichkeit) des Pflichtteils ist ausdrücklich anerkannt in BGB. § 2317. Der Anspruch auf Buße (S. 448[14]) ist überhaupt nicht, der Anspruch auf Schmerzensgeld und wegen Defloration erst dann cessibel, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist (BGB. §§ 847, 1300). Für die Alimentenforderungen folgt die Unübertragbarkeit aus ihrer Unpfändbarkeit (Anm. 7).

[6]) In Anwendung des gleichen Gedankens und zur Verhütung der Umgehung des Zinsenverbots (S. 444[5]) untersagte der Reichsabschied von 1551 und die Reichspolizeiordnung von 1577 die Abtretung der Forderung eines Juden gegen einen Christen an einen Christen.

[7]) Von diesen Verboten ist nichts in das BGB. übergegangen. Nach BGB. sind dagegen nicht übertragbar Forderungen:

a. wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen

§ 84. Wirkungen des Forderungsübergangs.

a. Verhältnis des bisherigen zum neuen Gläubiger.

1. Für das Verhältnis des Cedenten zum Cessionar kommt es auf die vollzogene Abtretung an. Schon hiermit geht die Forderung aus dem Vermögen des Cedenten in das des Cessionars über, nicht erst mit der Benachrichtigung (denuntiatio) oder Kenntnis des debitor cessus, vielmehr haben diese Vorgänge nur für das Verhältnis des Gläubigers zum debitor cessus Bedeutung (unten b).

Die Forderung geht daher auf den Cessionar in dem Zustande über, in dem sie sich zur Zeit der Abtretung befand, also mit den Nebenrechten (BGB. § 401 Abs. 1) und denjenigen Vorzugsrechten, die sich aus der Art der Forderung ergeben (privilegia causae), zu denen auch Konkurs- und Vollstreckungsvorzüge (privilegia exigendi) gehören (ebenso BGB. § 401 Abs. 2); dagegen gehen die dem Cedenten wegen seiner Persönlichkeit zustehenden privilegia personae nicht mit über (zB. das beneficium competentiae, D. 26, 7, 42, S. 469).

2. Die Haftung des Cedenten dafür, daß die abgetretene Forderung besteht (nomen verum esse) und daß der debitor cessus leistungsfähig ist (nomen bonum esse) bestimmt sich nach der causa cessionis; der Verkäufer einer Forderung haftet zB. für ihre „Verität“ [1]), nicht aber für

---

kann (§ 399); ausdrücklich ausgesprochen ist die Unübertragbarkeit zB. in den §§ 38 (Vereinsmitgliedschaft), 514 (Vorkaufsrecht), 613, 664 (Dienstvertrag und Auftrag), 717 (Gesellschaft), 1059 (Nießbrauch, wohl aber ist die Ausübung des Nießbrauchs übertragbar), 1092 (beschränkte persönliche Dienstbarkeiten), 1408, 1658 (Nutznießung des Ehemanns und Vaters), 1623 (Anspruch auf Aussteuer);

b. die der Pfändung nicht unterworfen sind (BGB. § 400, CPO. § 850), zB. der Arbeits- und Dienstlohn, Alimentenforderungen, Diensteinkommen und Pension.

[1]) D. 18, 4, 4: Si nomen sit distractum, Celsus libro nono digestorum scribit locupletem esse debitorem non debere praestare, debitorem autem esse praestare, nisi aliud convenit.

ihre „Bonität" (vgl. BGB. §§ 437, 438), der Schenker nicht einmal für Verität (vgl. BGB. § 523). Jedenfalls hat jeder Cessionar nur gegen seinen unmittelbaren Vormann Regreß (sog. regressus per gradum, Staffelregreß), nicht unter dessen Überspringung gegen einen beliebigen früheren Cedenten der Forderung (wie nach WO. Art. 49, sog. regressus per saltum, Sprungregreß).

b. Verhältnis des Schuldners zum Cedenten und zum Cessionar.

1. Die Rechtsstellung des Schuldners (debitor cessus) darf durch die ohne seine Mitwirkung erfolgende Abtretung nicht verschlechtert werden. Daraus folgt, daß der Schuldner dem Cessionar nicht nur die ihm gegen diesen persönlich zustehenden, sondern auch diejenigen Einwendungen entgegensetzen kann, die zur Zeit der Abtretung gegen den Cedenten begründet waren (ebenso BGB. § 404); der Schuldner kann daher auch dem Cessionar gegenüber mit einer ihm vor der Cession gegen den Cedenten erwachsenen Gegenforderung aufrechnen (vgl. BGB. § 406, oben S. 522).

2. Eine besondere Einwendung kann der debitor cessus auf den Abtretungsvertrag stützen, obgleich er bei ihm nicht beteiligt ist (also entgegen dem Grundsatze von der Unzulässigkeit einer exceptio de iure tertii, S. 401). Durch ein Gesetz von 506 (C. 4, 35, 22, sog. lex Anastasiana) bestimmte Kaiser Anastasius, um wucherlichen Forderungskäufen entgegenzutreten, daß der Käufer einer Forderung (und sein Cessionar) nur den Kaufpreis (also die Cessionsvaluta) unter Zurechnung landesüblicher Zinsen, nicht den Nominalwert solle geltend machen dürfen: ita tamen, ut, si quis datis pecuniis huius modi subierit cessionem, usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem et usurarum eius actiones exercere permittatur. Auf den nicht durch Kauf herbeigeführten Forderungserwerb, zB. bei Schenkung, Hingabe an Zahlungsstatt, Auseinandersetzung unter Miterben, fand die lex Anastasiana keine Anwendung, natürlich aber auf in fraudem legis ge-

richtete Umgehungen, zB. den Verkauf eines Teils der Forderung unter Schenkung des Rests (C. 4, 35, 23).[2])

3. Während im Verhältnis des Cedenten zum Cessionar der Augenblick der Abtretung maßgebend ist (S. 532), kommt es dem Schuldner gegenüber auf den Augenblick an, in welchem er von der Abtretung Kenntnis erhält und zwar durch eine förmliche Benachrichtigung (denuntiatio, vgl. C. 8, 41, 3, pr.) des Schuldners seitens eines Beteiligten[3]). Hat der debitor cessus nach der Abtretung, aber vor der Denuntiation mit dem Cedenten einen Rechtsakt vorgenommen, zB. ihm gekündigt oder geleistet, so muß der Cessionar dies gegen sich gelten lassen; er hat aber gegen den Cedenten einen Anspruch auf Herausgabe des unberechtigt Eingenommenen (D. 18, 4, 23, 1). Dasselbe gilt, wenn der Cedent die gleiche Forderung hintereinander an mehrere Personen abtritt. Der wahre Empfangsberechtigte ist dann der erste Cessionar. Dieser muß aber die vom Schuldner in Unkenntnis der früheren Abtretung an den späteren Erwerber bewirkte Leistung gegen sich gelten lassen (vgl. BGB. § 408).

---

[2]) Hiervon ist nichts in das BGB. übergegangen.

[3]) Nur für den Erbschaftskauf war nach D. 2, 15, 17 die Benachrichtigung der Erbschaftsschuldner nicht notwendig; schon von ihrer Kenntnis des Verkaufs an konnten sie mit dem Verkäufer nicht mehr rechtswirksam verhandeln. Nach BGB. verhindert allgemein schon die sichere Kenntnis von der Abtretung auch ohne Benachrichtigung des debitor cessus jedes rechtswirksame Verhandeln zwischen ihm und dem Cedenten (§§ 407 ff.).

Fünfter Abschnitt. Schuldübernahme (BGB. §§ 414—419).

§ 85. Die Schuldübernahme.

a. Begriff.

Der Eintritt eines bisher Unbeteiligten in ein bestehendes und weiter bestehendes Schuldverhältnis (Interzession) kann geschehen:

1. durch Vertrag des Dritten mit dem Schuldner (Schuldbefreiungsvertrag, Erfüllungsübernahme, BGB. § 329), der den Gläubiger, falls er ihm nicht beitritt, nichts angeht[1]);

2. durch Vertrag des Dritten mit dem Gläubiger, sei es, daß

α. der bisherige Schuldner weiter verhaftet bleibt (sog. kumulative Interzession, so bei der Übernahme einer korrealen Haftung, S. 542, einer Bürgschaft, unten § 107, und bei der Bestellung eines Pfandes für die Schuld eines Dritten, unten § 141 a 2 β); oder

β. daß der neue Schuldner an die Stelle des frei werdenden bisherigen Schuldners tritt (privative oder translative Interzession oder Schuldübernahme).[2])

---

[1]) Der Gläubiger erhält also (z.B. wenn der Erbe die Erbschaft an einen Dritten verkauft, C. 4, 39, 2) keinen Anspruch gegen den Dritten, es sei denn, daß dieser mit dem Gläubiger eine Litiskontestation vornimmt (C. 2, 2, 3).

[2]) Von tacita intercessio oder Intervention spricht man, wenn jemand von vornherein für einen Anderen eine Schuld auf sich nimmt, so wenn A von B ein Darlehen aufnimmt, um seinem bei B keinen Kredit genießenden Freunde C Geld zu verschaffen. Dann wird A Schuldner des B und C Schuldner des A; dagegen entsteht zwischen B und C kein Schuldverhältnis, da das Motiv, das den A zur Darlehnsaufnahme veranlaßt hat, rechtlich bedeutungslos ist, außer für die Anwendung des SC. Velleianum (S. 286): ist eine Ehefrau im Interesse ihres Mannes eine Schuld eingegangen, so unterliegt diese in allen Fällen der exceptio SC. Velleiani, gleichgültig ob die

b. Zulässigkeit.

Während der Eintritt eines neuen Gläubigers an Stelle des bisherigen unter sonstiger Aufrechterhaltung des bisherigen Schuldverhältnisses im späteren rR., wenn auch auf Umwegen (S. 527) zugelassen wurde, hat das rR. den Eintritt eines neuen Schuldners an Stelle des bisherigen stets nur in der Form der Novation (Expromission und passive Delegation, S. 512) zugelassen, deren Eigentümlichkeit aber gerade darin besteht, daß nicht in einem fortbestehenden Schuldverhältnis nur ein Personenwechsel auf der Schuldnerseite stattfindet, sondern daß vielmehr an die Stelle eines beseitigten ein neues Schuldverhältnis tritt[3]).

Frau die Schuld von vornherein für ihren Mann eingegangen ist (tacita intercessio) oder eine von ihm bereits eingegangene Schuld neben ihm (kumulativ, Bürgschaft) oder an seiner Stelle (privativ, Expromission) übernommen hat; vgl. D. 16, 1, 8, 14 u. 16, 1, 29 sowie unten § 107[2].

Wird die Interzession einer Frau mit der exceptio SC. Velleiani angefochten, so kann der Gläubiger sich an den wahren Schuldner halten (D. 16, 1, 1, 2): bei kumulativer Interzession bleibt der eigentliche Schuldner ohne weiteres verhaftet, bei privativer Interzession wird dem Gläubiger gegen den an sich befreiten Schuldner die bisherige Klage als actio restitutoria (D. 16, 1, 8, 7), bei tacita interventio wird gegen den bisher zu dem Gläubiger der Frau in keine unmittelbare Rechtsbeziehung getretenen wahren Schuldner die gegen die Frau gegebene Klage als actio institutoria gewährt (D. 19, 1, 8 14: Si, cum essem tibi contracturus, mulier intervenerit, ut cum ipsa potius contraham, videtur intercessisse: quo casu datur in te actio, quae instituit magis quam restituit obligationem, ut perinde obligeris eodem genere obligationis, quo mulier est obligata).

[3]) Dagegen erkennt das BGB. eine wahre Schuldübernahme an. Ihre Hauptanwendungsfälle sind die Übernahme der auf einem Grundstücke haftenden Hypotheken seitens des Grundstückserwerbers (BGB. § 416) und die vertragsmäßige Übernahme eines Vermögens (BGB. § 419), sowie eines Handelsgeschäfts (HGB. §§ 25 ff.).

Sechster Abschnitt.
Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern
(BGB. §§ 420—432).[1])

§ 86. Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern.

a. Beteiligung mehrerer an einem Schuldverhältnisse.

Jedes Schuldverhältnis setzt zwei „Parteien", d. h. in verschiedener Richtung Beteiligte voraus (S. 428), eine, die eine Leistung bewirken soll (Schuldner) und eine, der sie gemacht werden soll (Gläubiger). Jede Partei kann nun wieder aus mehreren Personen bestehen; Mehrheit von Schuldnern oder von Gläubigern. Für das Verhältnis dieser mehreren Parteigenossen zur Gegenpartei und untereinander können nun verschiedene Prinzipien maßgebend sein. Haben zB. A und B von C 1000 Mk. zu fordern oder schulden D und E dem F 1000 Mk., so kann gelten:

1. das Teilungsprinzip, d. h. A und B können von C, und F kann von D und E je einen Teil der 1000 Mk. verlangen;

2. der Grundsatz der Vervielfältigung, d. h. A und B können jeder von C, und F kann von D und E je 1000 Mk. verlangen[2]);

---

[1]) I. 3, 16: De duobus reis stipulandi et promittendi; D. 45, 2: De duobus reis constituendis; C. 8, 39: De duobus reis stipulandi et duobus reis promittendi.

[2]) In Rom fand eine solche Multiplikation oder Kumulation der Leistungspflicht kraft Gesetzes bei den privaten Strafklagen statt; zB. ging die actio furti (unten § 114 b 1) gegen jeden Dieb und Gehülfen auf das Vierfache (bei furtum manifestum) oder auf das Doppelte (bei furtum nec manifestum); vgl. ferner D. 9, 2, 11, 2: ex lege Aquilia quod alius praestitit, alium non relevat, cum sit poena. Das moderne Recht kennt eine derartige Vervielfältigung

3. das Gesamthandprinzip, d. h. A und B können nur gemeinschaftlich von C 1000 Mk. verlangen, und ebenso kann F nur von D und E gemeinschaftlich 1000 Mk. beanspruchen; klagt A allein gegen C auf Zahlung der 1000 Mk. oder eines Teils, oder klagt F allein gegen D auf Zahlung der 1000 Mk. oder eines Teils, so kann der Beklagte die exceptio plurium litis consortium vorbringen, d. h. C kann einwenden, daß A ohne Mitwirkung des B zur Einziehung der 1000 Mk. überhaupt nicht berechtigt sei und D kann einwenden, daß F ihn allein ohne E überhaupt nicht zur Zahlung anhalten, also auch nicht verklagen könne[3]);

4. das Prinzip der Gesamtforderung oder der Gesamtschuld, d. h. A kann von C 1000 Mk. fordern und B kann von C 1000 Mk. fordern, durch die einmalige Leistung von 1000 Mk. an A oder an B wird C der ganzen Schuld ledig; und ebenso kann F von D 1000 Mk. fordern und von E 1000 Mk. fordern, sobald er aber im ganzen 1000 Mk. erhalten hat, sind beide Schuldner befreit. Derartige Schuldverhältnisse bei denen jeder der mehreren Gläubiger (Gesamtgläubiger, correi credendi s. stipulandi) die ganze Leistung fordern kann, jeder der mehreren Schuldner (Gesamtschuldner, correi debendi s. promittendi) die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet ist, aber die Leistung nur einmal zu bewirken ist, heißen Korrealobligationen[4]).

---

nur im öffentlichen Strafrecht. Sind bei einer Straftat mehrere Mittäter beteiligt, so wird jeder bestraft (StGB. § 47), der Geschädigte kann aber nur einmaligen Ersatz seines Schadens verlangen.

[3]) Diese dem deutschen Recht (D. § 64[a]) entstammende Haftungsart war dem rR. unbekannt, hat aber im BGB. für das Verhältnis mehrerer Gesellschafter und Miterben (§§ 719 ff., 2039, 2059) Aufnahme gefunden.

[4]) Nicht alle Korrealobligationen werden in den Quellen des rR., wie Keller (1799—1860, Puchtas Nachfolger in Berlin, „Litiskontestation und Urteil", 1829) und Ribbentrop (1798—1874, Professor in Göttingen, „Zur Lehre von den Korrealobligationen", 1831) nachgewiesen haben, gleichartig behandelt. In einzelnen Fällen wird nämlich die Korrealobligation nur durch die Erfüllung und ihre Surrogate (S. 506) beseitigt, während in anderen Fällen auch sonstige Tatsachen,

b. Mehrheit von Schuldnern (passive Korrealität).

1. Für das rR. kommt, da das Prinzip der Gesamthand ausscheidet (S. 538[3]) und das der Vervielfältigung nur

---

insbesondere die Acceptilation und vor Justinian (S. 541[4]) die Litiskontestation eines Korrealgläubigers mit dem Schuldner, oder des Gläubigers mit einem Korrealschuldner den Ausschluß der übrigen Gläubiger und die Befreiung der übrigen Schuldner bewirken, „gesamtzerstörliche Wirkung" haben. Vgl. D. 45, 2, 2: Cum duo eandem pecuniam aut promiserint aut stipulati sunt, ipso iure et singuli in solidum debentur et singuli debent: ideoque petitione acceptilatione unius tota solvitur obligatio, und dagegen D. 27, 6, 7, 4 und 8: Si plures sint qui auctores fuerunt, perceptione ab uno facta et ceteri liberantur, non electione: et ideo si nihil aut non totum servatum sit, in reliquos non denegandam in id quod deest Sabinus scribit. Nach der ersteren Stelle werden bei einer durch Stipulation erzeugten Gesamtschuld schon durch die Litiskontestation des Gläubigers mit einem der Gesamtschuldner die übrigen befreit, während nach der zweiten, eine Haftung für außerkontraktlichen Schaden betreffenden Stelle diese Wirkung erst als Folge der Erfüllung eintritt.

Kann jemand eine Forderung gegen mehrere Personen oder auf mehreren Wegen verwirklichen, stehen ihm also nach römischer Sprechweise mehrere actiones zur Herbeiführung des gleichen rechtlichen Erfolgs zu Gebote (z.B. der Eigentümer kann die von ihm verliehene Sache vom Entleiher entweder mit der dinglichen rei vindicatio oder mit der persönlichen actio commodati zurückverlangen), so spricht man von (S. 371[1]) Klagenkonkurrenz, und zwar von alternativer, wenn schon die in der Klagerhebung betätigte Wahl, von elektiver, wenn erst die erfolgreiche Durchführung der einen Klage die andere ausschließt. Nach dieser Sprechweise war vor Justinian im Falle der Korrealobligation eine alternative, im Falle der Solidarobligation eine elektive Klagenkonkurrenz begründet.

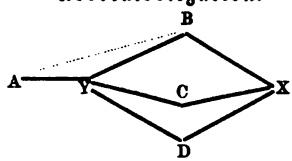
Seit Kellers und Ribbentrops Entdeckung unterschied man zwei Arten der Gesamtforderung und Gesamtschuld: die eigentliche, echte Korrealobligation und die uneigentliche, unechte Korrealobligation oder Solidarobligation. Worin aber der begriffliche Unterschied zwischen der Korreal- und der bloßen Solidarobligation liege und welches die praktischen Folgen dieser Unterscheidung seien, darüber entspann sich ein berühmter, auch heute noch nicht entschiedener Streit.

a. Nach der herrschenden sog. Einheitstheorie (Windscheid) ist die Korrealobligation ein einheitliches Schuldverhältnis, bei der nur auf der einen oder anderen Seite mehrere Personen beteiligt sind (una obligatio, plures personae), die Solidarobligation eine nur

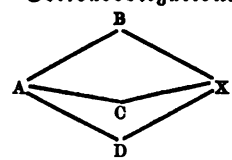
für die Privatstrafklagen zur Anwendung gelangt (unten § 114 a 2 β), nur in Frage, ob ein mehreren Personen

durch das Hinstreben auf denselben Leistungsgegenstand herbeigeführte Vereinigung mehrerer selbständiger Obligationen. Die Idee der Einheitstheorie läßt sich wie folgt veranschaulichen:

Korrealobligation:



Solidarobligation:



A ist der Gläubiger, X der Leistungsgegenstand, B, C, D sind die Schuldner. Will A den Gegenstand erreichen, so muß er bei der Korrealobligation den Weg Y, B, X oder Y, C, X oder Y, D, X nehmen. Wählt er einen dieser Wege, nämlich nimmt er zB. mit B die Litiskontestation vor, dann wird nach dem das vorjustinianische Recht beherrschenden Grundsatze der Klagenkonsumtion (S. 405) die Verbindung (iuris vinculum) A, Y, B durch eine unmittelbare Verbindung A, B ersetzt. Die Strecke A, Y ist nun aber für A nicht mehr zu benutzen, und A hat daher keine Verbindung mit C und D mehr. Anders bei der Solidarobligation, wo A auf drei von einander ganz verschiedenen Wegen den Leistungsgegenstand erreichen kann.

Die Einheitstheorie geht nun davon aus: da bei der Solidarobligation mehrere auf dasselbe Ziel hinführende Wege gangbar seien, bei der Korrealobligation nur eine Verbindung zwischen Schuldner und Leistungsgegenstand vorhanden sei, erkläre es sich, daß die Solidarobligation nur durch die Erfüllung oder deren Surrogate (Hingabe an Erfüllungsstatt, Aufrechnung, Hinterlegung) in ihrem Bestande getroffen werde, während die Korrealobligation auch durch andere Vorgänge beseitigt werde, so besonders durch die Litiskontestation (vor Justinian) und durch Acceptilation, und daß ferner die Unterbrechung der Klageverjährung auch den hierbei nicht beteiligten Genossen gegenüber wirke (C. 8, 39, 4). Die Vertreter der Einheitstheorie mußten nun allerdings anerkennen, daß gewisse rechtliche Vorgänge, so vor allem die Konfusion, die capitis diminutio und der Verzug, auch bei der Korrealobligation nur für und gegen denjenigen correus wirkten, bei dem sie vorlagen (S. 543[7]), und daß der eine correus in anderer Weise berechtigt oder verpflichtet sein konnte als der andere, zB. der eine betagt oder bedingt, der andere unbetagt oder unbedingt. Dies wurde aber damit erklärt, daß diese Ereignisse nicht den „objektiven Bestand der Korrealobligation", sondern nur deren „subjektive Beziehungen" beträfen und daher über die Person des Betroffenen hinaus keinen Einfluß ausüben könnten.

zur Bewirkung einer Leistung verpflichteter Schuldner jedem zu einem Teil oder jedem auf das Ganze („korrealiter") haftet.

---

b. Die Anhänger der sog. Mehrheitstheorie verwerfen den Ausgangspunkt der Einheitstheorie, wonach bei der Solidarobligation mehrere Obligationen vorhanden seien, bei der Korrealobligation nur eine einzige, und verwerfen daher dieses Unterscheidungsmerkmal. Sie gehen übereinstimmend davon aus, daß auch bei der Korrealobligation mehrere Obligationen vorhanden seien (quot personae, tot obligationes), streiten aber darüber, worin das Unterscheidungsmerkmal zwischen Solidar- und Korrealobligation zu finden sei. Dernburg findet es in dem Entstehungsvorgange: Korrealobligationen seien durch den Parteiwillen geschaffene solidarische Berechtigungen und Verpflichtungen; bei den Solidarobligationen entwickele sich die Solidarität mehrerer Beteiligter unmittelbar aus dem Wesen des Rechtsverhältnisses. Daher entständen Korrealobligationen nur infolge eines einheitlichen Rechtsgeschäfts (Vertrags, Vermächtnisses), das in der Absicht der Begründung einer Gesamtforderung oder Gesamtschuld vorgenommen sei. Alle anderen Gesamtforderungs- oder Gesamtschuldverhältnisse unterfielen dem Begriffe der bloßen Solidarobligation, gleichgültig ob sie auf Gesetz beruhen wie die Haftung mehrerer an einer unerlaubten Handlung Beteiligter, oder auf rechtsgeschäftlicher, wenn nur nicht einheitlicher Grundlage. Daher sind nach Dernburg mehrere, die einen Wechsel zusammen ausstellen, Korrealschuldner, dagegen die nach einander in den Wechselverband eintretenden Personen, die dem Wechselinhaber jede auf das Ganze haften, Solidarschuldner.

c. Aus den Quellen selbst ist eine Entscheidung jedenfalls nicht zu entnehmen. Denn diese sprechen bei der Korrealobligation bald von „una obligatio" (D. 45, 2, 2), bald von „duae species obligationis" (D. 45, 2, 13) oder von „duae obligationes" (D. 46, 1, 5). Übrigens lag die hauptsächliche praktische Bedeutung der Unterscheidung, wie oben gezeigt, in der verschiedenen Wirkung der Litiskontestation, indem bei der Korreal-, nicht aber bei der Solidarobligation schon die Litiskontestation des Gläubigers mit einem der Gesamtschuldner die übrigen befreite. Dies beseitigte Justinian (C. 8, 40, 28, 2: Idemque in duobus reis promittendi constituimus, ex unius rei electione praeiudicium creditori adversus alium fieri non concedentes, sed remanere et ipsi creditori actiones integras et personales et hypothecarias, donec per omnia ei satisfiat) und seither beschränkte sich die Bedeutung der Unterscheidung wesentlich darauf, daß Erlaß und Unterbrechung der Klageverjährung zwar den Bestand der Korreal-, aber nicht den der Solidarobligation berührte.

Für das BGB. ist die ganze Unterscheidung bedeutungslos; alle Arten von Gesamtschuld und Gesamtforderung unterstehen den gleichen Grundsätzen.

α. Bei *unteilbarem* Leistungsgegenstand entsteht passive Korrealität (D. 50, 17, 192, pr.: Ea, quae in partes dividi non possunt, solida a singulis heredibus debentur; ebenso BGB. § 431); „duo vel plures rei promittendi".

β. Bei *teilbarem* Leistungsgegenstand haftet grundsätzlich jeder Schuldner nur für einen Kopfteil (pars virilis).[5]) Korreale Haftung tritt nur ein:

a. bei *vertragsmäßiger* Übernahme durch Korrealstipulation[6]);

b. *kraft Gesetzes* für die Gesellschafter eines Bankgeschäfts (argentarii socii), sowie für die Teilnehmer an einer unerlaubten Handlung; es haften zB. als Gesamtschuldner auch die mehreren Bewohner eines Gemaches gegenüber der actio de effusis vel deiectis (D. 9, 3, 1—4, unten

---

[5]) Insbesondere haften mehrere Miterben für die teilbaren Nachlaßverbindlichkeiten nur nach Kopfteilen (nomina ipso iure **sunt** divisa, C. 3, 36, 6, gerade umgekehrt BGB. §§ 2058 ff.). Bei der Auflegung von Vermächtnissen ordnete der Erblasser jedoch auch in Rom häufig korreale Haftung der belasteten Erben an (D. 45, 2, 9, pr.: ut puta si pluribus heredibus institutis testator dixit: „Titius et Maevius Sempronio decem dato").

[6]) Bei *gemeinschaftlicher vertragsmäßiger* Begründung einer teilbaren Schuld haften also die Schuldner nach rR. kraft Gesetzes nur nach Kopfteilen und nur dann korrealiter, wenn diese Art der Haftung besonders übernommen wird. Vgl. zB. D. 45, 2, 11, 1 und 2: Cum tabulis esset comprehensum „illum et illum centum aureos stipulatos" neque adiectum „ita ut duo rei stipulandi essent", virilem partem singuli stipulati videbantur. Et e contrario cum ita cautum inveniretur: „tot aureos recte dari stipulatus est Julius Carpus, spopondimus ego Antoninus Achilleus et Cornelius Dius", partes viriles deberi, quia non fuerat adiectum, singulos in solidum spopondisse, ita ut duo rei promittendi fierent. Dagegen spricht nach BGB. § 427 im Falle gemeinschaftlicher vertragsmäßiger Verpflichtung eine gesetzliche Vermutung für korreale Haftung.

Heute pflegt man die Übernahme korrealer Haftung durch Ausdrücke wie „samt und sonders", „einer für alle, alle für einen" zu kennzeichnen. Für rR. vgl. I. 3, 16, pr.: Duo pluresve rei promittendi ita fiunt: „Maevi, quinque aureos dare spondes? Sei, eosdem quinque aureos dare spondes"? In der Kaiserzeit wurde die Formel üblich: „spondemus invicem nos obligantes atque fide dicentes".

§ 114 c), mehrere Miteigentümer eines Sklaven oder Tieres gegenüber der Noxalklage und der actio de pauperie, mehrere Vormünder hinsichtlich des durch ihre Pflichtwidrigkeit verursachten Schadens (ähnlich BGB. §§ 840, 1833).

2. Liegt eine Gesamtschuld vor, so kann der Gläubiger nach seinem Belieben von jedem der Gesamtschuldner die ganze Schuld verlangen (D. 45, 2, 3, 1); durch die an *einen* bewirkte vollständige Leistung (Erfüllung, datio in solutum, Hinterlegung, Aufrechnung) werden jedoch alle Schuldner befreit[7]). Abgeschwächt wurde im späteren rR. die Haftung der Gesamtschuldner durch das von Justinian (in Novelle 99 v. 539 n. Chr.) eingeführte *beneficium divisionis*. Danach konnte der allein belangte Korrealschuldner Vorladung und anteilige Verurteilung der übrigen beanspruchen „si quidem et solvendo et praesentes sint“[8]). Der Richter hatte hierauf auch von Amts wegen zu achten.

3. Ob der Gesamtschuldner, der alles allein gezahlt hat, den anderen Korrealschuldnern gegenüber „*Regreß nehmen*“ kann, hängt von dem zwischen den Schuldnern bestehenden („inneren“) Rechtsverhältnis ab. Das Regreßrecht ist zB. gegeben unter Gesellschaftern (D. 35, 2, 67, pr.), versagt den Teilnehmern an einer unerlaubten Handlung

---

[7]) Von den sonstigen Ereignissen wirken *Verzug* (D. 22, 1, 32, 4) und *Konfusion* eines Korrealschuldners mit dem Gläubiger (D. 46, 1, 71, pr.) nur *subjektiv*, d. h. betreffs des Schuldners, in dessen Person sie eintreten; dagegen wirkt *Verschuldung* eines Korrealschuldners (D. 45, 2, 18) *gegen alle*. Über die Wirkung der Litiskontestation (vor Justinian), der Acceptilation und der Unterbrechung der Verjährung und die daran geknüpfte Unterscheidung zwischen Korreal- und Solidarobligation vgl. oben S. 541[4].

Nach BGB. §§ 422 ff. wirken Erfüllung und Erfüllungssurrogate unbedingt gesamtzerstörlich, der Erlaß aber nur, falls dies beabsichtigt ist. Alle anderen Tatsachen (Kündigung, Verzug — vgl. jedoch § 424 — Leistungsunmöglichkeit, Verjährung, Konfusion, freisprechendes Urteil) wirken nur für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintreten.

[8]) Das BGB. hat die Einrede der Teilung nicht übernommen (§ 421). Streitig war gemeinrechtlich, ob die Novelle sich auf alle Korrealschulden oder nur auf den Fall wechselseitiger Verbürgung bezöge.

sowie Mitbürgen (C. 8, 40, 11, pr.). Aber auch in den letzteren Fällen kann der zahlende Gesamtschuldner den Rückgriff sich dadurch verschaffen, daß er sich von dem befriedigten Gläubiger dessen Ansprüche abtreten läßt, wozu dieser — gleichsam als hätte der zahlende Schuldner den Anspruch gekauft (D. 46, 1, 36) — verpflichtet ist (sog. beneficium cedendarum actionum, C. 4, 65, 13, ähnlich BGB. § 426 Abs. 2).

c. Mehrheit von Gläubigern (aktive Korrealität).

1. Auch hier (S. 539) kommen von den S. 537 entwickelten Prinzipien für das rR. nur das der Teilung und das der Gesamtforderung in Betracht.

α. Bei unteilbarer Leistung gilt nach rR.[9]) „aktive Korrealität" (duo vel plures rei stipulandi) d. h. jeder Gläubiger allein ist forderungsberechtigt, der Schuldner braucht aber nur gegen Sicherheitsleistung wegen der von den übrigen Korrealgläubigern zu befürchtenden Ansprüche an den die Erfüllung fordernden Gläubiger zu leisten (D. 16, 3, 14 und 1, 36).

β. Bei teilbarer Leistung gilt mangels besonderer, in Rom freilich sehr üblicher Abrede (adstipulatio, S. 516) oder zB. mit der Formel „utrique vestrum dare spondeo", I. 3, 16, pr.) das Teilungsprinzip (ebenso BGB. § 420). Insbesondere gilt der Satz „nomina ipso iure sunt divisa" (S. 542[5]) auch für die mehreren Erben des Gläubigers.

2. Liegt eine Gesamtforderung vor, so kann jeder Gläubiger die Leistung vom Schuldner ganz fordern, die an einen Gläubiger bewirkte Leistung vernichtet jedoch auch den Anspruch der übrigen. Bis auf Justinian wurde schon durch die Litiskontestation eines Gesamtgläubigers mit dem Schuldner das Recht der übrigen beseitigt (D. 45, 2, 2).

[9]) Nach BGB. § 432 gilt dagegen bei einer Mehrheit von Gläubigern und unteilbarem Leistungsgegenstande das Prinzip der Gesamthand (S. 538). Es kann also nicht, wie im rR., jeder allein den Leistungsgegenstand für sich verlangen, sondern nur alle zusammen sind forderungsberechtigt; vgl. jedoch § 432 Satz 2.

Ob die diese „gesamtzerstörliche" Wirkung für die Gesamtschuld ausschließende l. 28 C. 8, 40 (S. 541[4]) auch auf den Fall der Gesamtforderung zu erstrecken ist, ist für das rR. streitig. Nach D. 13, 5, 10 soll das einem Gesamtgläubiger gegebene Erfüllungsversprechen (constitutum debiti proprii, S. 511[8]) wie eine Zahlung wirken („quia loco eius, cui iam solutum est, haberi debet is cui constituitur").

3. Ob der Gesamtgläubiger, der die ganze Leistung empfangen hat, den übrigen zur Ausgleichung verpflichtet ist, richtet sich nach dem zwischen ihnen bestehenden („inneren") Rechtsverhältnisse (D. 35, 2, 62, pr.; vgl. BGB. § 430).

Siebenter Abschnitt.
Einzelne Schuldverhältnisse.

Erster Titel. Kauf. Tausch.

I. Allgemeine Vorschriften (BGB. §§ 433—458).

§ 87. Begriff und Abschluß des Kaufvertrags.

a. Begriff des Kaufvertrags[1]).

Kauf (emptio venditio) ist der auf Umsatz eines Gegenstands (merx, Sache oder Recht) gegen eine Geldsumme (pretium, Kaufpreis) gerichtete gegenseitige Vertrag[2]).

---

[1]) I. 3, 23: De emptione et venditione. D. 18, 1: De contrahenda emptione et de pactis inter emptorem et venditorem compositis et quae res venire non possunt; 19, 1: De actionibus empti venditi. C. 4, 38: De contrahenda emptione, 4, 49: De actionibus empti et venditi.

[2]) Hiernach unterscheidet sich der Kauf:

a. vom Tausch (unten § 91) dadurch, daß hierbei ein Umsatz eines Gegenstands nicht gegen Geld, sondern gegen einen anderen Gegenstand stattfindet;

b. von der locatio conductio rei (Miete und Pacht, unten § 93) dadurch, daß hierbei ein Gegenstand nicht übereignet, sondern nur zu zeitweiligem Gebrauch überlassen wird (D. 18, 1, 80, 3).

c. von der locatio conductio operarum (Dienstvertrag, unten § 96) und der locatio conductio operis (Werkvertrag, unten § 97) dadurch, daß hierbei der Preis nicht für die Überlassung eines Gegenstands (Sache oder Recht), sondern für die Leistung von Diensten und die Herstellung eines Werks gezahlt wird;

d. von der Schenkung (unten § 92) dadurch, daß hierbei keine Gegenleistung bedungen ist.

1. Gegenstand des Kaufvertrags kann jedes im Rechtsverkehr stehende (S. 253) und veräußerliche Gut sein[3]); bewegliche Sachen, die den regelmäßigen Gegenstand von Kaufgeschäften, insbesondere des Handelsverkehrs, zu bilden pflegen, nennt man Waren (vgl. HGB. §§ 1, 375 ff.).

Besonders behandelt sind in den römischen Quellen:

α. der Kauf eines Freien als Sklaven[4]);

β. der Kauf einer res furtiva[5]);

γ. der Kauf der eigenen Sache des Käufers[6]);

δ. der Kauf zukünftiger Sachen, wobei zu unterscheiden ist:

a. die emptio rei speratae; hierbei gehen die Parteien davon aus, daß die verkaufte Sache (zB. die Weinbergsernte eines bestimmten Jahres) entstehen werde und der Vertrag nur gelten solle, wenn diese Voraussetzung eintrifft, dann aber der Kaufpreis gezahlt werden solle, ohne Rücksicht auf Umfang und Güte des Kaufgegenstands; über den Kauf der fructus stantes et pendentes vgl. S. 252;

b. die emptio spei oder alea; hierbei ist nicht nur Umfang und Güte des Kaufgegenstands zweifelhaft, sondern dessen Entstehung überhaupt (zB. ein Fischhändler kauft dem ausfahrenden Schiffer den Fang, den er machen sollte, für

---

[3]) D. 18, 1, 34, 1: Omnium rerum quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit: quas vero natura vel gentium ius vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est.

[4]) D. 18, 1, 34, 2: Liberum hominem scientes emere non possumus. sed nec talis emptio aut stipulatio admittenda est: „cum servus erit", quamvis dixerimus futuras res emi posse: nec enim fas est eiusmodi casus exspectare.

[5]) D. 18, 1, 34, 3: Item si et emptor et venditor scit furtivum esse quod venit, a neutra parte obligatio contrahitur: si emptor solus scit, non obligabitur venditor nec tamen ex vendito quicquam consequitur, nisi ultro quod convenerit praestet: quod si venditor scit emptor ignoravit, utrinque obligatio contrahitur, et ita Pomponius quoque scribit.

[6]) D. 18, 1, 34, 4: Rei suae emptio tunc valet, cum ab initio agatur, ut possessionem emat, quam forte venditor habuit, et in iudicio possessionis potior esset.

einen bestimmten Preis ab; dann ist dieser auch zu zahlen, wenn der Kaufgegenstand überhaupt nicht entsteht);[7])

ε. der Kauf einer fremden Sache; dieser ist nach rR. gültig, zumal der Verkäufer nicht zur Eigentumsverschaffung verpflichtet ist, sondern nur für das habere licere einsteht (unten S. 553).[8])

2. Der Kaufpreis muß in Geld bestehen, wenigstens der Hauptsache nach (D. 18, 1, 79; 19, 1, 6, 2). Er muß ferner sein:

α. pretium certum; daher kann er nicht in das freie Belieben, wohl aber in das billige Ermessen einer Partei, sowie in das Belieben eines Dritten gestellt sein (oben S. 494);[9])

---

[7]) D. 18, 1, 8 (Pomponius): Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi. et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut, cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur: sed si id egerit venditor, ne nascantur aut fiant, ex empto agi posse. Aliquando tamen et sine re venditio facta intellegitur, veluti cum quasi alea emitur. quod fit, cum captum piscium vel avium vel missilium emitur: emptio enim contrahitur etiam si nihil inciderit, quia spei emptio est: et quod missilium nomine eo casu captum est si evictum fuerit, nulla eo nomine ex empto obligatio contrahitur, quia id actum intellegitur.

[8]) D. 18, 1, 28: Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio: sed res emptori auferri potest. Über die Verpflichtungen des Verkäufers in diesem Falle (Entwehrung) vgl. unten § 88 a 2.

[9]) Es genügt also Bestimmbarkeit des Preises; vgl. auch D. 18, 1, 7, 1: Huiusmodi emptio „quanti tu eum emisti", „quantum pretii in arca habeo", valet: nec enim incertum est pretium tam evidenti venditione; magis enim ignoratur, quanti emptus sit, quam in rei veritate incertum est.

Ist bei einem Kaufvertrag ein Preis nicht vereinbart worden, so gilt der angemessene Kaufpreis als vereinbart. Fordert A jedoch zB. für einen dem B gelieferten Anzug 100 Mk. als angemessen und wendet B ein, daß 80 Mk. ausdrücklich als Kaufpreis vereinbart sind, so ist dies ein Leugnen eines Essentiale des vom Kläger A behaupteten Geschäfts (Kauf eines Anzugs ohne Preisabrede), A hat also zu beweisen, daß kein Preis vereinbart war; vgl. S. 274[4].

β. pretium verum, d. h. wirklich als Gegenleistung gemeint. Wird nur ein Scheinpreis verabredet, zB. zur Umgehung der Formvorschriften ein Schenkungsvertrag als Kaufvertrag abgeschlossen, so ist der letztere als simuliert nichtig (S. 290); ob der dissimulierte Schenkungsvertrag gültig ist, hängt davon ab, ob die für einen solchen geltenden Vorschriften beachtet sind;

γ. pretium iustum. An sich braucht der Preis nicht dem Werte der Ware zu entsprechen[10]). Diokletian — der auch in dem Edictum de pretiis rerum venalium, S. 111, den mißglückten Versuch machte, für die wesentlichsten Marktartikel einen gesetzlichen Höchstpreis vorzuschreiben — bestimmte jedoch in C. 4, 44, 2, daß der Verkäufer einen Verkauf anfechten könnte, wenn der Kaufpreis weniger als die Hälfte des wahren Werts betragen hatte, es sei denn (facultas alternativa, S. 435), daß der Käufer das zum wahren Werte Fehlende nachzahle; sog. laesio enormis[11]).

b. Abschluß des Kaufvertrags.

1. Der Kauf ist nach rR. einer der vier Konsensualverträge (emptio venditio, locatio conductio, societas, mandatum, S. 489). Er entsteht deshalb mit der formlosen Einigung der Parteien mindestens über die wesentlichen Geschäftserfordernisse (essentialia negotii), nämlich über Ware und Preis (D. 18, 1, 9).

2. Durch den Abschluß des Kaufvertrags übernehmen die Parteien die unten in § 88 darzulegenden wechselseitigen Verpflichtungen. Der Kaufabschluß hat aber nach rR. noch eine wichtige weitere Folge: mit dem Kaufabschluß geht

---

[10]) D. 19, 2, 22, 3: In emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere; vgl. S. 298[3].

[11]) Im Mittelalter gab man dies Anfechtungsrecht wegen übermäßiger Verletzung auch dem Käufer. Das BGB. hat es dagegen nicht übernommen. Unter Umständen können die Vorschriften gegen den Wucher (S. 313[9]) eingreifen.

nämlich grundsätzlich die Gefahr des zufälligen Untergangs der Kaufsache auf den Käufer über (periculum est emptoris, S. 434[4]), sodaß der Käufer den Kaufpreis auch dann voll zahlen muß, wenn er wegen zufälligen Untergangs oder zufälliger Verschlechterung die Kaufsache überhaupt nicht oder nicht in dem beim Kaufabschlusse vorhandenen Zustande erhält[12]). Nach dem Grundsatz: eius commodum esse

---

[12]) D. 18, 6, C. 4, 48: De periculo et commodo rei venditae. Vgl. I. 3, 23, 3: Cum autem emptio et venditio contracta sit (quod effici diximus, simulatque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur), periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit; ferner die berühmte l. 8 pr. D. 18, 6: Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim sciemus, cuius periculum sit: nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet, et si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emptio.

Der Satz periculum est emptoris erleidet freilich nach rR., wie der vorstehende Satz andeutet, einige Ausnahmen:

a. Wie die letzte Stelle zeigt, ist die unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossene emptio venditio zwar „contracta", wird aber erst mit Eintritt der Bedingung „perfecta" (S. 328). Ist in diesem Augenblicke die Kaufsache daher nicht mehr vorhanden, so ist der Kaufvertrag hinfällig; ist sie aber vorhanden, so muß sie der Käufer nehmen, wie sie ist. Er trägt also während des Schwebens der Bedingung zwar die Gefahr der Verschlechterung, nicht aber die des Untergangs. Als bedingt gilt auch ein Kauf, bei dem der Preis erst durch ein Zählen, Wägen oder Messen ermittelt werden muß; D. 18, 1, 35, 5: In his quae pondere numero mensurave constant, veluti frumento vino oleo argento, modo ea servantur quae in ceteris, ut simul atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio, modo ut, etiamsi de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio, quam si admensa adpensa adnumeratave sint.

b. Nach D. 18, 6, 8, pr. gilt die emptio venditio erst als perfecta „si id quod venierit appareat, quid quale quantum sit". Wird also etwas aus einer Masse heraus verkauft, so gilt der Kauf erst mit der Ausscheidung als „perfekt", und erst dann geht die Gefahr des Untergangs und der Verschlechterung auf den Käufer über, C. 4, 48, 2. Wird dagegen eine Masse oder ein Inbegriff für einen Gesamtpreis verkauft (Kauf in Bausch und Bogen, per aversionem), so geht die Gefahr schon mit dem Kaufabschluß auf den Käufer über (D. 18, 1, 62, 2).

debet, cuius periculum est (I. 3, 23, 3) gehen regelmäßig mit dem Abschlusse des Kaufvertrags auch die Nutzungen auf den Käufer über (D. 18, 6, 7, pr.).[13])

3. Der Kaufschluß hat an sich nur obligatorische Wirkungen; zur Herbeiführung des Eigentumsübergangs an der Kaufsache, also der dinglichen Rechtsverschiebung, bedarf es eines dinglichen Vorgangs, nämlich der Übergabe. Außerdem bedarf es jedoch hierzu nach einem schon in den 12 Tafeln (I. 2, 1, 41) erwähnten, vermutlich dem griechischen Recht entstammenden Grundsatze des rR. der Zahlung, Sicherstellung oder Kreditierung des Kaufpreises[14]).

§ 88. Pflichten des Verkäufers und des Käufers.

Aus dem Kauf als einem gegenseitigen Vertrag entstehen für beide Parteien Rechte und Pflichten (D. 19, 1, C. 4, 49: De actionibus empti venditi). Der Verkäufer macht seine Ansprüche mit der actio venditi, der Käufer die seinen mit der actio empti geltend; beide Klagen sind actiones bonae fidei (S. 391, D. 19, 1, 11, 1).

---

[13]) Nach BGB. § 446 gebühren die Nutzungen dem Käufer erst von der Übergabe an, da gewöhnlich (vgl. jedoch § 447 für den Distanzkauf) auch erst mit dieser die Gefahr auf ihn übergeht.

[14]) D. 18, 1, 19: Quod vendidi non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit aut satis eo nomine factum vel etiam fidem habuerimus emptori sine ulla satisfactione. Der innere Grund dieser Vorschrift wird von manchen auf die natürliche Billigkeit oder auf eine zu vermutende Parteiabsicht zurückgeführt, von anderen auf die ursprüngliche Gestaltung der mancipatio als eines auf sofortigen Umsatz von Waren gegen Geld gerichteten dinglichen Vertrages.

Dagegen macht das BGB. den Eigentumsübergang zwar auch von der Übergabe bei beweglichen, der Auflassung und Eintragung (unten § 120[1]) bei unbeweglichen Sachen abhängig, nicht aber von der vorherigen Kaufpreiszahlung (§§ 929, 925). Will der eine bewegliche Sache vor der Preiszahlung übergebende Verkäufer den Eigentumsübergang hindern, um sich die stete dingliche Rücknahme für den Fall der Nichtzahlung des Kaufpreises zu sichern, so muß er sich das Eigentum vorbehalten (pactum reservati dominii, § 455).

a. Pflichten des Verkäufers.

1. Pflicht zur Übergabe.

Der Verkäufer einer (körperlichen) Sache hat diese dem Käufer — und zwar mangels anderer Abrede Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises — zu übergeben, der Verkäufer eines Rechts, zB. einer Forderung, dieses dem Käufer abzutreten (vgl. BGB. § 433).

Der Kaufgegenstand muß in dem den Parteiverabredungen und mangels solcher dem Gesetz entsprechenden Zustand übergeben werden, also vor allem mit seinem Zubehör, auf das sich jeder Veräußerungsvertrag im Zweifel erstreckt (D. 19, 1, 13—18 und 38, 2; BGB. § 314, S. 249). Er muß ferner die bedungenen und aus dem Gesetz sich ergebenden Eigenschaften haben; die Folgen der Übergabe einer mangelhaften Sache (Gewährleistungspflicht) sind unten in § 89 besonders zu erörtern.

2. Pflicht zur Rechtsverschaffung (Haftung für Eviktion).

a. Der Kaufvertrag bezweckt, dem Käufer das Eigentum des Kaufgegenstands zu verschaffen (S. 547). Ein nicht auf Eigentumsübertragung gerichteter Veräußerungsvertrag ist kein Kauf (D. 18, 1, 80, 3). Die hauptsächlichste Pflicht des Verkäufers müßte also auf Eigentumsübertragung (ein dare) gehen und der Käufer müßte, falls der Verkäufer diese Pflicht nicht erfüllt, berechtigt sein, auf deren Erfüllung zu klagen. In gleicher Weise müßte der Verkäufer dafür haften, wenn er zwar das Eigentum am Kaufgegenstande auf den Käufer überträgt, aber nicht so wie bedungen, sondern durch fremde Rechte, zB. Hypotheken, eingeschränkt; der Verkäufer wäre dann verpflichtet, diese störenden Rechte sofort zu beseitigen.

Während das BGB. auf diesem sog. Verschaffungsprinzip beruht (§§ 433, 434), folgte das rR. dem sog. Entwehrungsprinzip. Danach hat der Verkäufer, sofern er den Käufer nur in den Besitz der Sache gesetzt hat, zunächst seiner Pflicht genügt. Er ist nur zu einem „tradere“,

nicht zu einem „dare“ verpflichtet. Ist das Eigentum am Kaufgegenstande trotz der Übergabe nicht oder nur mit gewissen, dem Kaufvertrag oder dem Gesetze nicht entsprechenden Beschränkungen auf den Käufer übergegangen, weil bei dem Verkäufer ein Mangel im Rechte (fehlendes oder durch fremde dingliche Rechte beschränktes Eigentum) vorlag, so kann der Käufer doch erst dann gegen den Verkäufer Ansprüche wegen der mangelhaften Rechtsverschaffung erheben, wenn der Kaufgegenstand durch den dritten Berechtigten dem Käufer entzogen („evinciert“, „entwehrt“) worden ist. Das bloße Vorhandensein fremder Rechte gibt dem Käufer also nach rR. noch keine Gewährleistungsansprüche. Das rR. hält das Interesse des Käufers vielmehr für genügend gewahrt, wenn es den Verkäufer verpflichtet, dafür zu sorgen, daß die Sache dem Käufer nicht entzogen werde („praestare ut emptori rem habere liceat“; D. 19, 1, 11, 2 und 30, 1).

Voraussetzungen des Gewährleistungsanspruchs des Käufers wegen eines Rechtsmangels sind hiernach nach rR.[1]):

a. Der Kaufgegenstand muß dem Käufer im Rechtsweg entzogen (evinciert) sein[2]);

---

[1]) D. 21, 2: De evictionibus et duplae stipulatione; C. 8, 44: De evictionibus.

[2]) a. Nach rR. muß also grundsätzlich ein Prozeß (vor Gericht, nicht vor einem Schiedsrichter, D. 21, 2, 56, 1) über den Kaufgegenstand zwischen dem Käufer und dem Dritten geschwebt haben und zu Ungunsten des Käufers entschieden sein; und es muß dem Käufer ferner der Besitz des Kaufgegenstands auf Grund dieses Urteils entzogen sein. Da das zwischen dem Käufer und dem Dritten ergangene Urteil jedoch dem Verkäufer gegenüber nicht ohne weiteres Recht schafft, so kann der Verkäufer dem ihn regreßpflichtig machenden Käufer gegenüber einwenden, daß das Urteil ungerecht sei oder daß der Dritte infolge schlechter Prozeßführung des Käufers gesiegt habe. Einer solchen „exceptio mali processus“ kann der Käufer dadurch vorbeugen, daß er, nachdem er vom Dritten verklagt worden ist, dem Verkäufer den Streit verkündet (Litisdenuntiation, vgl. CPO. § 72). Diese Streitverkündung ist nach rR. — wenigstens wenn der Verkäufer erreichbar ist, D. 21, 2, 56, 5 — sogar eine Pflicht des Käufers (vgl. zB. D. 21, 2, 53, 1), deren Verletzung nach manchen (vgl. C. 8, 44, 8) den Gewährleistungsanspruch des Käufers überhaupt

b. die Eviktion muß ihren Grund in einem Rechtsmangel haben, für den der Verkäufer einzustehen hat[3]).

β. Die Folge einer Entwehrung ist, daß der Verkäufer dem Käufer das Interesse zu ersetzen hat[4]). Um den Käufer des ihm obliegenden Schadensnachweises zu entheben,

---

beseitigt. Nach der vorstehend vertretenen herrschenden Meinung dagegen ist die Folge des Unterbleibens der Streitverkündung nur, daß der Käufer in die ungünstige Lage kommt, dem Verkäufer beweisen zu müssen, daß der Dritte auch bei rechtzeitiger Streitverkündung gesiegt haben würde.

b. Ausnahmsweise findet auch nach rR. ein Gewährleistungsanspruch des Käufers statt, ohne daß ihm die Sache abgestritten ist.

1. Wird der Käufer einer fremden Sache später (zB. durch Beerbung oder Abfindung des Berechtigten) deren Eigentümer, so braucht er den Kaufpreis nicht zu zahlen und kann den etwa bereits gezahlten mit der actio empti zurückfordern (ll. 9, 29, pr., 41 § 1 D. 21, 2).

2. Wird gegen den Käufer ein Evictionsanspruch zu einer Zeit erhoben, zu welcher er das Kaufgeld noch in Händen hat, so kann er dessen Zahlung verweigern, es sei denn, daß der Verkäufer ihm Sicherheit leistet (sog. exceptio evictionis imminentis, D. 18, 6, 19, 1, C. 8, 44, 24).

3. Verkauft jemand wissentlich eine fremde Sache, so haftet er dem Käufer sofort (D. 19, 1, 30, 1).

[3]) Von einem Evictionsanspruche war also nach rR. jedenfalls dann keine Rede, wenn der Kaufgegenstand aus einem erst nach dem Kaufabschluß entstandenen Grunde dem Käufer entwehrt wurde, zB. infolge einer Ersitzung (D. 21, 2, 56, 3) oder Enteignung (D. 21, 2, 11, pr.); vgl. auch D. 21, 2, 27.

Ferner begründete aber nach rR. auch nicht jeder Rechtsmangel einen Gewährleistungsanspruch. Zunächst galten Rechte dritter, die dem Käufer beim Erwerbe bekannt waren, als von ihm übernommen, falls er nicht Gewährleistung ausbedang (C. 8, 44, 27, ebenso BGB. § 439 Abs. 1). Sodann haftete der Verkäufer für Grundgerechtigkeiten nur, wenn er Servitutenfreiheit ausdrücklich zugesagt (mit der Formel „fundus optimus maximusque", D. 18, 1, 59) oder arglistig gehandelt hatte (anders nach BGB. § 439).

[4]) D. 21, 2, 8: Venditor hominis emptori praestare debet, quanti eius interest hominem venditoris fuisse. quare sive partus ancillae sive hereditas, quam servus iussu emptoris adierit, evicta fuerit, agi ex empto potest: et sicut obligatus est venditor, ut praestet licere habere hominem quem vendidit, ita eo quoque quae per eum adquiri potuerunt praestare debet emptori, ut habeat.

war es im rR. für wichtige Verkäufe (sog. emptiones duplariae) üblich, für den Fall der Entwehrung den doppelten Kaufpreis als Vertragsstrafe auszubedingen (duplae stipulatio). Bei Entwehrung einer durch mancipatio veräußerten res mancipi (S. 241) stand dem Käufer schon kraft des Gesetzes eine actio auctoritatis auf das Doppelte zu; später galt die duplae stipulatio auch bei anderen Käufen ohne ausdrückliche Verabredung (D. 21, 1, 31, 20).[5])

Von dieser Haftung für Eviktion kann sich der Verkäufer durch ein pactum de non praestanda evictione befreien. Dann hat der Verkäufer aber trotzdem dolus zu vertreten (D. 19, 1, 6, 9; S. 459).

b. Pflichten des Käufers.

Der Käufer hat dem Verkäufer den Kaufpreis zu zahlen und zwar mangels einer „Kreditierung" durch besondere Abrede Zug um Zug bei Übergabe der Sache. Der Käufer darf ferner nicht Sache und Kaufpreis zu gleicher Zeit nutzen. Der Käufer muß daher den Kaufpreis von der Übergabe an verzinsen, wenn ihm nicht ein Zahlungsziel bewilligt ist (D. 19, 1, 13, 20: nam cum re emptor fruatur, aequissimum est eum usuras pretii pendere; vgl. BGB. § 452). Während sich nach rR. die Pflicht des Verkäufers hinsichtlich der Kaufsache auf ein bloßes „emptori rem habere licere praestare" beschränkte (S. 553), hatte der Käufer dem Verkäufer am Kaufpreis Eigentum zu verschaffen (D. 19, 1, 11, 2: „emptor nummos venditoris facere cogitur).[6])

---

[5]) D. 21, 1, 31, 20: Quia adsidua est duplae stipulatio, idcirco placuit etiam ex empto agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat: ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire.

[6]) Streitig ist für das rR. (vgl. D. 19, 1, 9), ob der Verkäufer gegen den Käufer einen besonderen Anspruch auf Abnahme der Kaufsache hat (vgl. BGB. § 433 Abs. 2).

§ 89. II. Gewährleistung wegen Mängel der Sache (BGB. §§ 459—493).

a. Allgemeines.

Der Verkäufer hat dem Käufer nicht nur für rechtliche (oben S. 552) sondern auch für sachliche Mängel des Kaufgegenstands einzustehen. Die letztere Haftung wird als Gewährleistung bezeichnet. Die Gewährleistungspflicht kann sich gründen: auf vertragsmäßige Übernahme (Garantie) dafür, daß die Kaufsache gewisse Eigenschaften besitzt oder gewisse Fehler nicht besitzt; oder auf Verschulden des Verkäufers, d. h. auf einem arglistigen oder fahrlässigen Verhalten des Verkäufers beim Abschlusse des Kaufvertrags; oder unmittelbar auf das Gesetz, insofern als der Verkäufer für gewisse Mängel auch ohne vertragsmäßige Zusicherung oder unterlaufendes Verschulden einzustehen hat.

1. Nach röm. Civilrechte haftete der Verkäufer nur in zwei Fällen:

α. wenn er einen Mangel als nicht vorhanden oder eine Eigenschaft als vorhanden zugesichert hatte (sog. Haftung für dicta et promissa);[1])

β. wenn er einen Fehler des Kaufgegenstands arglistig verschwiegen hatte.

In beiden Fällen haftete der Verkäufer der actio empti gegenüber auf das volle Interesse; wenn also zB. ein krankes Tier oder ein morscher Balken verkauft war, mußte der Verkäufer auch für den Schaden aufkommen, der dadurch herbeigeführt wurde, daß durch das kranke Tier der Viehbestand des Käufers verseucht wurde oder daß ein auf dem morschen Balken erbautes Gebäude einstürzte (D. 19, 1, 13, pr.).

---

[1]) Über den Unterschied zwischen dicta und promissa vgl. D. 21, 1, 19, 2: Dictum a promisso sic discernitur: dictum accipimus, quod verbo tenus pronuntiatum et nudoque sermone finitur (vom Verkäufer gelegentlich der Verhandlungen angegebene Eigenschaften): promissum autem potest referri et ad nudam promissionem sive pollicitationem vel ad sponsum (vertragsmäßig zugesicherte Eigenschaften).

2. Nach röm. Civilrechte haftete hiernach der Verkäufer — von etwaiger Garantieübernahme abgesehen — niemals für Mängel, deren Vorhandensein ihm selbst unbekannt war. Dies genügte aber dem entwickelten Verkehre nicht mehr. Die kurulischen Ädilen, denen mit der Handhabung der Marktpolizei auch die Rechtsprechung in „Marktsachen" oblag (S. 79), erklärten daher in ihrem Edikte[2]), daß der Verkäufer — abgesehen von seiner Haftung für die dicta et promissa aus Garantieübernahme oder für Betrug — auch für solche, ihm selbst unbekannt gebliebene, sog. heimliche Mängel haftbar sein sollte, welche:

α. sich als erhebliche Abweichungen einer gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaft kennzeichnen (vitium quod usum ministeriumque impediat, D. 21, 1, 1, 8); und ferner

β. dem Käufer ohne dessen grobes Verschulden unbekannt geblieben waren (l. 1 § 6, l. 14 § 10, l. 48 § 4 D. 21, 1).

Das ädilizische Edikt bezog sich ursprünglich nur auf den Verkauf von Sklaven (mancipia) und von Spannvieh (iumenta);[3]) seine Grundsätze wurden aber in der Kaiser-

---

[2]) D. 21, 1: De aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris; C. 4, 58: De aediliciis actionibus. Hier ist also die Haftung für Sachmängel behandelt, die Haftung für Rechtsmängel (Eviktion) dagegen in D. 21, 2 und C. 4, 44. Über die Veranlassung zum „ädilizischen Edikt" vgl. D. 21, 1, 1, 2: Causa huius edicti proponendi est, ut occuratur fallaciis vendentium et emptoribus succurratur, quicumque decepti a venditoribus fuerint: dummodo sciamus venditorem, etiamsi ignoravit ea quae aediles praestari iubent, tamen teneri debere. nec est hoc iniquum: potuit enim ea nota habere venditor: neque enim interest emptoris, cur fallatur, ignorantia venditoris aut calliditate.

[3]) Das ädilizische Edikt behandelt im I. Kapitel den Sklavenkauf (D. 21, 1, 1, 1: Aiunt aediles: „Qui mancipia vendunt certiores faciant emptores, quid morbi vitiive cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit" usw.; sog. Sklavenedikt), im II. Kapitel den Viehkauf (D. 21, 1, 38, pr.: Aediles aiunt: „Qui iumenta vendunt, palam recte dicunto, quid in quoque eorum morbi vitiique sit" usw.; sog. Jumentenedikt), während

zeit auf alle Käufe ausgedehnt (D. 21, 1, 1, pr.). Während aber nach Civilrecht, also in den Fällen der Garantieübernahme und des Betrugs, der geschädigte Käufer mit der actio empti (heute Schadensersatzklage genannt, BGB. § 463) das volle Interesse, also auch den mittelbaren Schaden, ersetzt verlangen konnte, gaben die Ädilen für die von ihnen hinzugefügte Haftung für heimliche Mängel zwei besondere, in ihrer Wirkung beschränkte Rechtsbehelfe. Der Käufer konnte hierbei nämlich nicht sein volles Interesse, sondern nur entweder mit der actio redhibitoria (heute Wandelungsklage genannt, BGB. § 462)[4]) Rückgängigmachung des Kaufs, oder mit der actio quanti minoris (sc. essem empturus, si id ita esse scissem, D. 19, 1, 13, pr., heute Minderungs- oder Würderungsklage genannt, BGB. § 462) Herabsetzung des Kaufpreises verlangen. Während ferner die actio empti erst in 30 Jahren verjährte, war die actio redhibitoria nur innerhalb von sex menses utiles, die actio quanti minoris nur innerhalb eines annus utilis vom Verkauf an zulässig (D. 21, 1, 19, 6).[5])

---

ein drittes Kapitel die Rechtsfolgen des Haltens gefährlicher Tiere bestimmt (D. 21, 1, 40—42). Animi vitia galten bei Tieren stets, bei Sklaven nur, soweit das Edikt sie aufzählte, als sachliche Mängel.

[4]) Vgl. D. 21, 1, 21, pr.: Redhibere est facere, ut rursus habeat venditor quod habuerit, et quia reddendo id fiebat, idcirco redhibitio est appellata quasi redditio.

[5]) Das deutsche Recht kannte, vom Viehkauf abgesehen, bei welchem für bestimmte Gewährsmängel ohne weiteres gehaftet wurde, keine Haftung des Verkäufers für Fehler der Sache, sobald der Käufer die Sache besehen und ohne die Fehler zu rügen, in seine Gewere übernommen hatte, es sei denn, daß die Fehler durch eine Besichtigung nicht zu entdecken waren („Augen für Geld", „Augen auf oder Beutel auf"). Soweit hiernach ferner ein Gewährleistungsanspruch gegeben war, konnte der Käufer nur „wandeln", also die Kaufsache zurückgeben, nicht den Kaufpreis „mindern" (D. § 69 a 3). Das Gem. R. beruhte jedoch nicht auf diesen, sondern auf den römischen Grundsätzen, nur sind einige Besonderheiten des rR. nicht rezipiert worden.

a. Nach rR. konnte der Käufer verlangen, daß der Verkäufer ihm in der Form der Stipulation — meist verbunden mit der Stipulation für den Fall der Entwehrung, S. 555 — die Abwesenheit von Mängeln garantiere (bei Zugvieh: „esse bibere, ut oportet", D. 19,

3. Zwischen den beiden „ädilizischen Klagen" hatte der Käufer die Wahl (Klagenkonkurrenz, S. 371[1]). Er hatte

---

1, 11, 4, D. 21, 1, 28). Bei Weigerung des Verkäufers konnte der Käufer binnen 2 Monaten wandeln, binnen 6 Monaten sein Interesse fordern.

b. Wurde Vieh — was in Rom üblich war — mit besonderem Aufputz (ornamenta) zum Verkaufe gestellt, so galt der Aufputz als mitverkauft, und der Käufer konnte, falls die ornamenta nicht mitgeliefert wurden, binnen 60 dies utiles Nachlieferung (actio de ornamentis restituendis) oder Wandelung verlangen (D. 21, 1, 38, pr. und 11).

c. Wurde die actio redhibitoria angestellt, so erging vor der Verurteilung in Geld ein arbitratus de restituendo. Kam der Verkäufer dem die Rückzahlung des Kaufpreises anordnenden arbitratus nicht nach, so wurde er in das Doppelte verurteilt (D. 21, 1, 45).

d. D. 21, 1, 48, 8 bestimmt: Simplariarum venditionum causa ne sit redhibitio, in usu est. Streitig ist, ob unter einer simplaria venditio ein Verkauf geringfügiger Sachen, bei denen keine duplae stipulatio (S. 555) gefordert werden konnte, oder ein Verkauf unter Verzicht des Käufers auf Wandelung (ἁπλῆ πρᾶσις, ἁπλῆ ὠνή der Basiliken und des syr.-röm. Rechtsbuchs) zu verstehen ist.

Auch das BGB. (§§ 459 ff.) beruht im allgemeinen auf dem rR. Abgesehen von der nur bei Zusicherung und bei arglistigem Verschweigen gegebenen Schadensersatzklage (der actio empti des rR.) hat der Käufer bei heimlichen (§ 460), erheblichen (§ 459) Mängeln die Wahl zwischen dem Anspruch auf Wandelung und dem auf Minderung (§ 462). Alle drei Ansprüche (auf Schadensersatz, Wandelung oder Minderung) verjähren, sofern nicht der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, bei beweglichen Sachen in sechs Monaten von der Ablieferung, bei Grundstücken in einem Jahr von der Übergabe an (§ 477).

Nur für den Viehkauf hat das BGB. die deutschrechtlichen Grundsätze übernommen (§§ 481 ff.). Der Verkäufer hat nur bestimmte Fehler (Hauptmängel) und diese nur dann zu vertreten, wenn sie sich innerhalb bestimmter Fristen (Gewährfristen) zeigen (§ 482). Der Käufer kann aber nur Wandelung, nicht Minderung erlangen (§ 487).

Hinsichtlich der Beweislast ist zu unterscheiden: Verweigert der Käufer die Annahme der Kaufsache wegen Mängel, so hat der Verkäufer zu beweisen, daß die Kaufsache die zugesicherten oder gesetzlichen Eigenschaften hat (sog. exceptio non adimpleti contractus, oben S. 496). Hat der Käufer dagegen die Sache einmal angenommen, so muß er beweisen, daß sie mangelhaft ist (exceptio non rite adimpleti contractus; BGB. § 363).

aber nur ein beschränktes ius variandi: hatte er die actio redhibitoria angestellt, so konnte er zwar immer noch auf die actio quanti minoris (als das minus) zurückgreifen; hatte er sich dagegen durch Anstellung der actio quanti minoris einmal für Aufrechterhaltung des Kaufs entschieden, so konnte er (wenigstens hinsichtlich desselben Mangels) nicht mehr wandeln (D. 44, 2, 25, 1).

b. Wandelung und Minderung.

1. Wandelt der Käufer, so muß er die Sache mit allen Nutzungen und Zuwüchsen herausgeben (l. 23 § 9, l. 24, l. 31 §§ 2—4, l. 33 D. 21, 1), erhält dafür aber den Kaufpreis (mit Zinsen, D. 21, 1, 27) zurück. Die Gefahr des Untergangs und der Verschlechterung, falls diese Ereignisse nicht vom Käufer verschuldet sind[6]), trifft nach rR. den Verkäufer (ähnlich BGB. §§ 467, 350). In den Quellen wird dies durch den Grundsatz ausgedrückt „Mortuus redhibetur" (sc. servus, vgl. ll. 31 § 11, 38 § 3, 47 § 1 D. 21, 1), d. h. der Verkäufer muß das Kaufgeld zurückgeben, obgleich er nur den toten Sklaven, d. h. nichts, zurückerhält.

2. Mindert der Käufer, so ist der Kaufpreis in dem Verhältnisse herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Verkaufs der Wert der Sache im mangelfreien Zustande zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde[7]).

---

[6]) Vgl. D. 21, 1, 47, 1 ff.: Post mortem autem hominis aediliciae actiones manent, si tamen sine culpa actoris familiaeve eius vel procuratoris mortuus sit.

[7]) Diese sog. relative Berechnung ist zwar in den Quellen nicht ausdrücklich vorgeschrieben, sie ist aber gerechter als die sog. absolute Berechnung, bei welcher der Kaufpreis um soviel gemindert wird, als die Sache mit dem zu vertretenden Fehler wert ist. Die relative Berechnungsweise ist daher für das Gem. R. die herrschende und im BGB. § 472 angenommen. Ist K der Kaufpreis, x der zu suchende Betrag, auf den der Kaufpreis wegen des Fehlers gemindert werden soll, W^1 der Wert der Sache in mangelfreiem, W^2 in mangelhaftem Zustande, so ergibt sich die Gleichung: $\frac{K}{x} = \frac{W^1}{W^2}$. Ist zB. der für 1000 Mk. verkaufte Hund fehlerfrei nur 800 Mk., fehlerhaft nur

§ 90. III. Besondere Arten des Kaufs (BGB. §§ 494—514).

a. Kauf nach Probe, auf Probe, zur Probe.

1. Ein Kauf nach Probe oder nach Muster ist unbedingt, jedoch unter der Verpflichtung des Verkäufers geschlossen, daß die Ware einer Probe oder einem Muster entsprechen müsse (BGB. § 494).

2. Der Kauf auf Probe oder auf Besicht (emptio ad gustum) ist unter der Bedingung geschlossen entweder, daß er erst mit der im Belieben des Käufers stehenden Billigung wirksam werden soll (aufschiebend-bedingter Kauf auf Probe, vgl. zB. I. 3, 23, 4: „Si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot"), oder daß er sogleich wirksam werden, aber durch im freien Belieben des Käufers stehende Mißbilligung wieder unwirksam werden soll (auflösend-bedingter Kauf auf Probe). Der Verkäufer ist also gebunden, der Käufer nicht (BGB. § 495, Vermutung für aufschiebende Bedingung).[1][2])

---

500 Mk. wert, so ist $\frac{1000}{x} = \frac{8}{5}$ oder $x = 625$. Der Verkäufer braucht also nur $1000 - 625 = 375$ Mk. Minderwert zu ersetzen, nicht, wie bei absoluter Berechnung, 500 Mk.; denn dabei würde er des Vorteils verlustig gehen, den er durch Verkauf des Hundes um einen höheren Preis, als der selbst fehlerfreie Hund wert war, erlangt hat. Ist der um 1000 Mk. verkaufte Hund fehlerlos 2000 Mk., fehlerhaft 500 Mk. wert, so ist $\frac{1000}{x} = \frac{20}{5}$ oder $x = 250$. Der Verkäufer muß also 750 Mk. Minderwert ersetzen, nicht, wie bei absoluter Berechnung, nur 500; denn dabei würde der Käufer um den Vorteil gebracht werden, den er durch den Ankauf eines 2000 Mk. werten Hundes für 1000 Mk. erzielt hat.

[1]) Die Gefahr geht nach rR. beim auflösend-bedingten Probekauf mit dem Kaufschlusse, beim aufschiebend-bedingten Probekauf aber erst mit der Billigung als dem Eintritte der Bedingung (S. 328) auf den Käufer über. Beim Weinkauf war in Rom die Vereinbarung einer an einem bestimmten Tage vorzunehmenden Kostprobe (degustatio) üblich (D. 18, 6, 1, pr. und § 1); erst mit dieser ging das periculum acoris et mucoris, die Gefahr des Sauerwerdens und Schimmelns, auf den Käufer über. Dies war aber kein eigentlicher Kauf auf Probe; denn der Käufer muß den bei der degustatio tadel-

3. Der Kauf zur Probe ist ein juristisch nicht besonders gearteter unbedingter Kauf unter Hervorhebung des (rechtlich bedeutungslosen, S. 271[3]) Beweggrundes.

b. Wieder- und Vorkauf.

1. Ein Wiederkaufs- oder Rückkaufsrecht ist vorhanden, wenn gelegentlich des Abschlusses eines Kaufs dem Käufer durch ein „pactum de retroemendo" das Recht eingeräumt wird, den verkauften Gegenstand zurück zu erwerben (BGB. §§ 497 ff.).[3])

2. Vorkaufsrecht (ius protimiseos) ist die Befugnis, in einen zwischen zwei anderen Personen abgeschlossenen Kaufvertrag an Stelle des Käufers einzutreten. Man unterscheidet:

α. nach dem Entstehungsgrunde: gesetzliches und rechtsgeschäftliches (durch Vertrag oder Testament begründetes) Vorkaufsrecht;

β. nach der Wirkung: persönliches und dingliches Vorkaufsrecht.

Das rR. kannte gesetzliche[4]) und rechtsgeschäftliche

---

los befundenen Wein nehmen; es steht nicht in seinem Belieben, vom Geschäft zurückzutreten.

[2]) Über Verträge mit pactum displicentiae, lex commissoria, in diem addictio vgl. oben S. 505. Emptio per aversionem (Kauf in Bausch und Bogen) ist der Kauf einer Sachgesamtheit (Landgut mit Inventar, Bibliothek, Warenlager) für einen Gesamtpreis; über den Übergang der Gefahr vgl. S. 550[12].

[3]) Vgl. zB. D. 19, 5, 12: Si vir uxori suae fundos vendidit et in venditione comprehensum est convenisse inter eos, si ea nupta ei esse desisset, ut eos fundos, si ipse vellet, eodem pretio mulier transcriberit viro: in factum existimo iudicium esse reddendum idque et in aliis personis observandum. Wegen der Erstattung von Verwendungen durch den Rückkäufer vgl. D. 13, 7, 25, BGB. § 500.

Es kann übrigens durch ein pactum de retrovendendo auch ein Wiederverkaufsrecht begründet sein. Im BGB. ist jedoch nur der Wiederkauf geordnet.

[4]) Gesetzliche Vorkaufsrechte hatten nach rR.: der Grundherr hinsichtlich der Emphyteuse (C. 4, 66, 3) und der Käufer, wenn der Verkäufer auf Grund einer in diem addictio (S. 505) einen

Vorkaufsrechte, aber nur ſolche mit perſönlicher Wirkung, d. h. der Berechtigte konnte ſein Vorkaufsrecht nur dem Verkäufer gegenüber ausüben und daher nur von ihm Übergabe der Kaufſache oder Schadenserſatz verlangen, nicht auch vom Käufer oder einem Dritten[5]).

§ 91. IV. Tauſch (BGB. § 515).[1])

Tauſch (Barattohandel) iſt ein Güterumſatzgeſchäft, bei dem Ware gegen Ware, nicht, wie beim Kauf, Ware gegen Geld umgeſetzt wird. Der Tauſch iſt das urſprünglichere Rechtsgeſchäft, denn er war ſchon zu einer Zeit möglich, als ein allgemeiner Wertmeſſer noch nicht anerkannt war (D. 18, 1, 1, pr., oben S. 258[6]).

Die römiſchen Rechtsſchulen ſtritten über die rechtliche Behandlung des Tauſchs. Die Sabinianer wollten ihn als doppelſeitigen Kauf behandelt wiſſen, während ihn die Prokulianer — wegen der Unmöglichkeit der Unterſcheidung, was merx und was pretium ſei — als Innominatkontrakt auffaßten (G. 3, 141). Die praktiſche Bedeutung dieſer verſchiedenartigen Behandlung lag vor allem darin, daß nach der erſteren Anſicht der Tauſch, wie ein Kauf, nudo consensu, nach der zweiten erſt durch die Vorleiſtung bindend wurde (und auch nur mit Reurecht des Gebers, S. 489) und die Gefahr auf den Gegner

beſſeren Bieter als Käufer annehmen will (l. 6 § 1, ll. 7, 8 D. 18, 2); vgl. auch D. 42, 5, 16 (Vorkaufsrecht der Gläubiger und Verwandten bei venditio bonorum). Das BGB. kennt nur ein geſetzliches Vorkaufsrecht: das der Miterben hinſichtlich des von einem Miterben über ſeinen Erbanteil geſchloſſenen Erbſchaftskaufs (§§ 2034, 2035).

[5]) Dagegen hatten die deutſchrechtlichen Retraktrechte (D. § 72 b 2) dingliche Wirkung. Das BGB. kennt beide Arten; das perſönliche Vorkaufsrecht iſt im Recht der Schuldverhältniſſe (§§ 504 bis 514), das dingliche, nur an Grundſtücken zuläſſige und durch Eintragung im Grundbuch (Abt. II) zu verwirklichende Vorkaufsrecht iſt im Sachenrecht (§§ 1094—1104) behandelt.

[1]) D. 19, 4, C. 4, 64: De rerum permutatione.

übertrug. Justinian schloß sich in dieser Frage ausnahmsweise (S. 121) den Prokulianern an (D. 18, 1, 1, 1, D. 19, 4, 1, 2).[2])

Zweiter Titel. Schenkung (BGB. §§ 516—534).

§ 92. Schenkung.

a. Begriff.

Schenkung[1]) ist eine unentgeltliche vertragsmäßige Vermögenszuwendung.

1. Schenkung ist eine unentgeltliche Vermögenszuwendung. Der Schenker überträgt ein Stück seines Vermögens in das Vermögen eines Anderen, ohne daß dieser ihm dafür ein Entgelt[2]) gewährt, also eine Gegen-

---

[2]) Vgl. D. 19, 4, 1, pr.: Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, ita pretium aliud, aliud merx. at in permutatione discerni non potest, uter emptor vel uter venditor sit, multumque differunt praestationes. emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque, si evicta res non sit, nihil debet: in permutatione vero si utrumque pretium est, utriusque rem fieri oportet, si merx, neutrius. sed cum debeat et res et pretium esse, non potest permutatio emptio venditio esse, quoniam non potest inveniri, quid eorum merx et quid pretium sit, nec ratio patitur, ut una eademque res et veneat et pretium sit emptionis. Danach sind beide Teile zur Eigentumsverschaffung, nicht zum bloßen „habere licere praestare", wie beim Kaufe (S. 553) verpflichtet, sodaß die Gewährleistungspflicht wegen Rechtsmängel der hingegebenen Sache deren Eviktion nicht unbedingt voraussetzt.

Nach BGB. § 515 finden auf den Tausch die Vorschriften über den Kauf entsprechende Anwendung.

[1]) I. 2, 7, D. 39, 5, C. 8, 53: De donationibus.

[2]) Und zwar ein dem Werte der Leistung entsprechendes Entgelt, sonst liegt hinsichtlich des Mehrwerts der Leistung Schenkung, im übrigen ein lästiger Vertrag vor (z.B. A überläßt seinem Sohne B das 100,000 Mk. werte Familiengut für 50,000 Mk.). Mit diesem sog. negotium mixtum cum donatione ist nicht zu ver-

leistung macht. Nicht jede unentgeltliche Verfügung (ex causa lucrativa, S. 270) ist eine Schenkung. Eine Schenkung liegt vielmehr nur dann vor, wenn ein Geschäft „et donantem pauperiorem et accipientem faciet locupletiorem“ (D. 24, 1, 5, 8). Wer seinem Gläubiger, ohne dazu verpflichtet zu sein, durch Pfand oder Bürgschaft eine erhöhte Sicherung verschafft, einen Freund bei sich auf einige Tage unentgeltlich aufnimmt, für ihn Sachen aufbewahrt oder sie ihm leiht, ohne ein Entgelt dafür zu beanspruchen, wer einen ihm freistehenden Erwerb zu machen unterläßt[3]), nimmt zwar eine unentgeltliche Verfügung vor; diese ist aber keine Schenkung, weil der Verfügende sein Vermögen dadurch nicht vermindert[4]).

2. Die Schenkung ist eine unentgeltliche Vermögenszuwendung durch Vertrag[5]) mit dem Beschenkten[6]). Der

---

wechseln der Fall, in welchem die Parteien einen als reine Schenkung gemeinten Veräußerungsvertrag, um ihn der Formerfordernis (S. 567) oder der erleichterten Anfechtung (S. 569[12]) zu entziehen, in einen lästigen kleiden. Dann ist der letztere als simuliert nichtig und es ist nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen, ob die dissimulierte Schenkung zu Recht besteht (S. 290).

[3]) D. 50, 16, 28, pr. Wenn also ein Mann als Erbe oder Legatar eingesetzt und ihm seine Frau als Nacherbe substituiert ist, so liegt keine (nach rR. nichtige, S. 571) donatio inter virum et uxorem vor, wenn der Mann den Erwerb ausschlägt, damit er der Frau anfalle; vgl. zB. D. 24, 1, 5, 13: Si maritus heres institutus repudiet hereditatem donationis causa, Iulianus scripsit libro septimo decimo digestorum donationem valere: neque enim pauperior fit, qui non adquirat, sed qui de patrimonio suo deposuit. repudiatio autem mariti mulieri prodest, si vel substituta sit mulier vel etiam ab intestato heres futura. Ebenso BGB. § 517.

[4]) Anders wenn zB. der Eigentümer eines Miethauses eine sonst zum Vermieten benutzte Wohnung unentgeltlich hergibt. Dann vermindert er sein Vermögen durch den Nichterwerb des Nutzens, den er hätte ziehen können (D. 39, 5, 9, pr.).

[5]) D. 39, 5, 19, 2: Non potest liberalitas nolenti adquiri (ebenso BGB. § 516); doch hielten manche (zB. Savigny) die Annahme des Beschenkten mindestens für die Fälle für überflüssig, in denen die Vermögenszuwendung eine Mitwirkung des Beschenkten nicht erfordert,

Schenker muß den animus donandi, d. h. die Absicht haben, dem anderen Teil ein Vermögensstück ohne Entgelt zu übertragen und der Empfänger muß das Angebotene in diesem Sinne annehmen; vgl. die berühmte l. 18 pr. D. 12, 1: Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit donationem non esse; unten § 123[2].

b. Der Schenkungsvertrag.

Wie bei allen Veräußerungsverträgen, so ist auch bei der Schenkung das obligatorische Geschäft, der Schenkungsvertrag, von dem diesen vollziehenden dinglichen Rechtsgeschäft (Übergabe der geschenkten Sache, Abtretung der geschenkten Forderung, Erlaß der geschenkten Schuld) zu trennen[7]). Vielfach fallen der Abschluß des Schenkungsvertrags und dessen Ausführung zeitlich zusammen (Handgeschenk). Für diese Fälle bedarf es wegen der sofortigen Erfüllung keiner besonderen Regelung der obligatorischen Beziehungen zwischen dem Schenker und dem Beschenkten. Häufig jedoch wird zunächst bloß ein Schenkungsvertrag abgeschlossen, dessen Erfüllung erst in der Zukunft erfolgen soll. Hier bedarf es mit Rücksicht auf die Eigenart dieses Geschäfts besonderer gesetzlicher Vorschriften, insbesondere nach zwei Richtungen hin. Einmal haben fast alle Gesetzgebungen mit Rücksicht darauf, daß Schenkungsversprechen vielfach leichtsinnig abgegeben zu werden pflegen, während diese Gefahr bei sofort vollzogenen Schenkungen weniger hervortritt, das Schenkungsversprechen von der Beobachtung einer besonderen Form abhängig gemacht. Ferner wäre es mit Rücksicht darauf, daß die Schenkung ein dem Schenker nur

---

wie bei einer donandi animo erfolgten Bezahlung fremder Schulden; (vgl. l. 5 §§ 6, 7, l. 7 § 7 D. 24, 1).

[6]) Nicht ganz genau ist daher D. 31, 36: Legatum est donatio testamento relicta.

[7]) Die Römer sprachen von der Vollziehung einer Schenkung dando (durch Eigentumsübertragung), liberando (durch Erlaß einer Schuld), promittendo (durch Begründung einer abstrakten Schuld, besonders im Wege der Stipulation).

läſtiges, dem Beſchenkten nur vorteilhaftes Geſchäft iſt, unbillig, bei der Erfüllung des Schenkungsverſprechens den ſtrengen Maßſtab anzulegen, der bei der Erfüllung anderer Verträge gerechtfertigt iſt. Daher ſind die für den Schenker aus dem Schenkungsvertrage ſich ergebenden Verpflichtungen auf ein ihn möglichſt wenig drückendes Maß herabgemindert.

1. Form des Schenkungsvertrags.

Nach rR. war das Schenkungsverſprechen einer beſonderen Form urſprünglich nicht unterworfen (I. 2, 7, 2). Durch die lex Cincia de donis et muneribus, ein durch die Fragmenta Vaticana (S. 128) bekannt gewordenes Plebiszit von 204 v. Chr., wurden Schenkungsverſprechen, ſoweit ſie ein gewiſſes (uns nicht bekanntes) Maß überſtiegen, beſtimmten Beſchränkungen unterworfen. Sie ſollten zwar nicht nichtig, aber anfechtbar ſein, inſofern als der Schenker befugt war, der auf Erfüllung des Schenkungsverſprechens gerichteten Klage eine exceptio (legis Cinciae) entgegenzuſetzen (D. 39, 5, 21, 1). Die Anfechtbarkeit fiel jedoch fort, wenn der Schenker entweder ohne Widerruf geſtorben war („morte Cincia removetur“) oder das Schenkungsverſprechen völlig erfüllt hatte. Bei beweglichen Sachen gehörte dazu außer der Übergabe, daß der Beſchenkte auch nicht mehr dem interdictum utrubi (unten § 118 c 1) unterworfen, alſo länger als ſechs Monate (maiore parte huiusce anni)im Beſitze war. Gewiſſe Perſonen (personae exceptae: Verwandte bis zum fünften Grad und vom ſechſten die sobrini, S. 221, nächſte Verſchwägerte, Patron, Mündel, Lebensretter) unterlagen der exceptio legis Cinciae von vornherein nicht.

In der Kaiſerzeit geriet die lex Cincia in Vergeſſenheit. Die Schenkungen wurden nunmehr aber, beſonders ſeit Konſtantius Chlorus, an eine Form, die ſog. Inſinuation, geknüpft, d. h. an eine Abgabe des Schenkungsverſprechens zu gerichtlichem Protokoll (professio apud acta). Juſtinian führte im Intereſſe der Schenkungsverſprechen zu frommen Zwecken einige Erleichterungen ein. Nur Schenkungen über 500 (früher 300, C. 8, 53, 36, 3) solidi

(S. 60[1]) sollten gerichtlicher Insinuation bedürfen, widrigenfalls sie — aber nur hinsichtlich des Übermaßes (C. 8, 53, 34) — nichtig sein sollten; geringere sollten selbst ohne Stipulationsform verpflichtend sein (pactum legitimum, S. 491, sog. condictio ex lege 35 C. 8, 53). Ohne Rücksicht auf den Betrag sollten auch formlos gültig sein zB. Schenkungen des Kaisers und an ihn (C. 8, 53, 34, 1 a), zum Wiederaufbau von Gebäuden (C. 8, 53, 36, 2), zur Bestellung einer dos für eine Frau (C. 5, 12, 31, pr.).[8])

2. Besonderheiten des Schenkungsvertrags.

α. Der Schenker hat das beneficium competentiae (S. 469) gegenüber der Klage auf Erfüllung des Schenkungsversprechens (et quidem is solus deducto aere alieno, D. 42, 1, 19; ähnlich BGB. §§ 519, 528).

β. Der Schenker hat bei Erfüllung des Schenkungsversprechens nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten (S. 460, ebenso BGB. § 521), braucht keine Verzugszinsen zu entrichten (D. 39, 5, 22, ebenso BGB. § 522) und haftet im Falle der Eviktion[9]) sowie der Mangelhaftigkeit[10]) der geschenkten Sache nur bei Arglist.

γ. Die Schenkung kann von dem Schenker (nicht aber seinem Erben) wegen Undankbarkeit des Beschenkten aus bestimmten Gründen[11]) widerrufen werden.

---

[8]) Nach BGB. § 518 bedarf das Schenkungsversprechen (nicht auch die Annahmeerklärung) der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung; jedoch wird der Formmangel durch die Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt.

[9]) Vgl. D. 39, 5, 18, 3: Labeo ait, si quis mihi rem alienam donaverit inque eam sumptus magnos fecero et sic mihi evincatur, nullam mihi actionem contra donatorem competere: plane de dolo posse me adversus eum habere actionem, si dolo fecit. Ebenso BGB. § 523.

[10]) Vgl. D. 21, 2, 62: Ad res donatas edictum aedilium curulium non pertinere dicendum est. Ebenso BGB. § 524.

[11]) C. 8, 55 (De revocandis donationibus), 10, pr.: Generaliter sancimus omnes donationes lege confectas firmas illibatasque manere, si non donationis acceptor ingratus circa donatorem inveniatur, ita ut iniurias atroces in eum effundat

δ. Die Schenkung kann wegen Pflichtteilsverletzung angefochten werden (s. u. im Erbrecht).[12])

c. Besondere Arten der Schenkung.

1. Schenkung eines Vermögens.

Nach rR. ist die Schenkung des ganzen (jetzigen und künftigen) Vermögens zulässig. Sie begründet aber keine Universalsuccession des Beschenkten; der Schenker muß daher die einzelnen Vermögensstücke dem Beschenkten übereignen. Andererseits können die Gläubiger des Schenkers sich nach wie vor nur an den Schenker, nicht an den Beschenkten halten, wenn dieser sich nicht ihnen gegenüber unmittelbar verpflichtet hat. Dagegen kann der Schenker von dem Beschenkten die Bezahlung dieser Schulden verlangen (D. 39, 5, 29); denn als Geschenk gilt nur das Nettovermögen (quod superest deducto aere alieno, D. 23, 3, 72, pr.).[13])

---

vel manus impias inferat vel iacturae molem ex insidiis suis ingerat, qua non levem sensum substantiae donatoris imponit vel vitae periculum aliquid ei intulerit vel quasdam conventiones sive in scriptis donationi impositas sive sine scriptis habitas, quas donationis acceptor spopondit, minime implere voluerit. Ähnlich BGB. §§ 530—533.

Nach C. 8, 55, 8 hatte der zur Zeit der Schenkung kinderlose Patron dem Freigelassenen gegenüber das Recht des Widerrufs einer Schenkung, falls er später Kinder bekam. Im Gem. R. wurde dieser Satz auf alle Schenkungen ausgedehnt; in das BGB. ist jedoch nichts davon übergegangen.

[12]) Die Schenkungen sind gleich den sonstigen unentgeltlichen Verfügungen überhaupt einer erleichterten Anfechtung ausgesetzt und treten bei der Konkurrenz mit anderen Schuldgründen zurück. Hierüber ist im Konkursrecht zu sprechen; vgl. KO. §§ 29 ff., 63[4], Reichsanfechtungsges. vom 21. Juli 1879 (20. Mai 1898) § 3[3, 4].

[13]) Nach BGB. §§ 310, 311 ist die Schenkung des zukünftigen Vermögens nichtig, die des gegenwärtigen zulässig, aber an die gerichtliche oder notarielle Beurkundung (auch der Annahmeerklärung, vgl. S. 568[2]) gebunden. In letzterem Falle tritt auch nach BGB. keine Universalsuccession ein. Dagegen haftet der Beschenkte aus der Übernahme dem Gläubiger neben dem bisherigen Schuldner (§ 419).

2. Schenkung unter einer Auflage.

Bei der Schenkung unter einer Auflage (donatio sub modo) erwirbt der Beschenkte (im Gegensatz zur bedingten Schenkung: „die Bedingung suspendiert, zwingt aber nicht", „der Modus zwingt, aber er suspendiert nicht", S. 321[3]), sogleich einen Anspruch auf das Geschenk; er ist aber seinerseits zur Erfüllung des Modus verpflichtet. Dem Schenker sowie dem Dritten, zu dessen Gunsten die Auflage gemacht ist (zB. A schenkt dem B eine Million mit der Auflage, daß er in der Stadt X ein Krankenhaus errichte) steht eine actio praescriptis verbis auf Erfüllung zu (C. 8, 53, 9 und 22); der Schenker kann ferner im Falle der Nichterfüllung das Geschenk mit einer condictio causa data causa non secuta (unten § 113 b) wieder zurückfordern (C. 8, 54, 3) und hat, falls der Beschenkte ihm auferlegte Alimente an den Schenker nicht leistet, sogar eine dingliche utilis rei vindicatio auf Rückgabe des Geschenks (C. 8, 54, 1). Ähnlich BGB. §§ 525—527.

3. Remuneratorische (belohnende) Schenkung.

Der Beweggrund für die Vornahme einer Schenkung ist für deren rechtliche Behandlung grundsätzlich unerheblich. Nur ist nach rR. eine zur Belohnung für Errettung aus Lebensgefahr erfolgte Schenkung, auch wenn sie 500 solidi übersteigt, ohne Insinuation gültig und unwiderruflich[14]).

---

[14]) D. 39, 5, 34, 1: Si quis aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit et aliquid pro eo ab ipso accipiat, haec donatio inrevocabilis est: non merces eximii laboris appellanda est, quod contemplatione solutis certo modo aestimari non placuit.

Vielfach ist ferner die als Schenkung bezeichnete Zuwendung in Wahrheit eine freiwillige Abgeltung geleisteter Dienste (Remuneration, Gratifikation) und wird daher wie ein lästiger Vertrag behandelt (vgl. D. 39, 5, 27, zu deren Verständnis zu bemerken ist, daß Schenkungen von Wohnungsrechten im rR. nur auf die Lebenszeit des Schenkers galten). In ähnlicher Weise werden im BGB. „Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird", behandelt (§ 534).

4. Schenkungen unter Ehegatten.

Die donatio inter virum et uxorem ist nach rR. nichtig[15]), konvaleſciert aber nach einer oratio (S. 107) des Severus und Karacalla (206 n. Chr.), wenn der Schenker während beſtehender Ehe, alſo vor dem Beſchenkten, verſtirbt. Gültig ſind Schenkungen auf den Todesfall, da ſie jederzeit widerruflich ſind (D. 24, 1, 9, 2 ff.), ferner z.B. zum Aufbau von Gebäuden (D. 24, 1, 14); vgl. noch D. 24, 1, 40—42.

5. Schenkungen von Todes wegen.

Die mortis causa donatio iſt eine Schenkung unter der Bedingung, daß der Beſchenkte den Schenker überlebt. Sie wird dem Vermächtnis ähnlich behandelt und gehört in das Erbrecht.

Dritter Titel. Miete. Pacht (BGB. §§ 535—597).

§ 93. Locatio conductio rei.

a. Allgemeines.

Das wichtigſte Verkehrsgeſchäft des römiſchen wie des modernen Rechts iſt der Kauf, bei welchem das Eigentum eines Gegenſtands gegen Geld umgeſetzt wird. Dem Kauf, der emptio venditio, ſteht ein zweites Umſatzgeſchäft, die locatio conductio[1]) in der Bedeutung und auch darin

[15]) D. 24, 1, C. 5, 16: De donationibus inter virum et uxorem. Über die Gründe des Verbots vgl. D. 24, 1, 1 ff.: Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate. ne cesset eius studium liberos potius educendi. Sextus Caecilius et illam causam adiciebat, quia saepe futurum esset, ut discuterentur matrimonia, si non donaret is qui posset, atque ea ratione eventurum, ut venalicia essent matrimonia.

In das BGB. iſt hiervon nichts übergegangen.

[1]) I. 3, 24: De locatione et conductione; D. 19, 2: Locati conducti (sc. actiones); C. 4, 65: De locato et conducto.

nahe (vgl. I. 3, 24, pr.), daß sie ähnlich dem Kauf ein synallagmatischer Vertrag ist (wie die Doppelbezeichnung auch hier andeutet) und zwar ebenfalls ein Konsensualvertrag und daß ferner auch bei ihr die Leistung des einen Teils in Geld besteht. Die locatio conductio unterscheidet sich aber von der emptio venditio darin, daß bei letzterer für die Zahlung das Eigentum einer (körperlichen oder unkörperlichen) Sache gewährt wird, während bei der locatio conductio als Gegenleistung für die Zahlung eine zeitweilige Benutzung eines Vermögenswerts zu gewähren ist. Beim Kauf findet also ein Umsatz von Eigentum gegen Geld, bei der locatio conductio ein Umsatz von Gebrauch gegen Geld statt.

Die Römer behandelten unter dem allgemeinen Begriffe der locatio conductio[2]) nach im wesentlichen gleichen Regeln drei Gruppen von Gebrauchsgewährung, die nach der heutigen

---

[2]) Ursprünglich heißt locare „aufstellen", conducere „wegführen". Die Übertragung dieser Worte auf den Begriff der Gebrauchsgewährung erklärt sich vermutlich so, daß die Sachenmiete sich aus der Vermietung von Zugvieh entwickelt hat. Der Eigentümer stellt es auf dem Markt auf („locat"), wer es gebraucht, führt es von da mit sich fort („conducit"). Ebenso wurde die Tätigkeit von Sklaven vermietet. Der Zugvieh oder Sklaven zwecks Gebrauchs zur Verfügung Stellende wurde locator (Vermieter), der sie zwecks Benutzung Wegholende conductor (Mieter) genannt. Ebenso wurde der freie Arbeiter, der sich — etwa wie heute ein Dienstmann oder ein Droschkenkutscher — auf dem Markt aufstellte und seine Kräfte anbot, als locator (Vermieter seiner Arbeitskraft), der Arbeitgeber, der ihn in Anspruch nahm, als conductor bezeichnet.

Mit dem ursprünglichen Wortsinne von locare und conducere schwer zu vereinigen ist es, daß bei der locatio conductio operis, gerade umgekehrt wie bei der locatio conductio operarum, der Arbeitgeber, nämlich derjenige, der die Herstellung eines Werks fortgibt, „verdingt", als locator, der Arbeiter, der diese Herstellung übernimmt, der „Unternehmer", als conductor (oder redemptor) bezeichnet wird, sodaß bei der l. c. operarum der „conductor", bei der l. c. operis der „locator" die „merces" zahlt. Man kann sich vorstellen, daß der Arbeitgeber die Herstellung des Werks auf dem Arbeitsmarkt ausbot und die dazu erforderlichen Materialien aufstellte („locat"), der Werkmeister diese zwecks Herstellung des übernommenen Werks mit nach Hause nahm („conducit").

In den Quellen heißt der Grundstücksmieter inquilinus (incola), der Grundstückspächter colonus (fundi).

Auffassung ganz verschiedene und eigenen Grundsätzen unterstehende Rechtsinstitute darstellen, nämlich:

1. die locatio conductio rei, die heutige Miete und Pacht;

2. die locatio conductio operarum, den heutigen Dienstvertrag;

3. die locatio conductio operis, den heutigen Werkvertrag.

Mit Rücksicht auf die dem System des BGB. folgende Darstellung dieses Werks ist hier nur die locatio conductio rei zu erörtern, während die l. c. operarum unten in § 96, die l. c. operis unten in § 97 dargestellt ist.

b. Begriff und Abschluß der locatio conductio rei.

1. Die l. c. rei ist ein gegenseitiger Vertrag, bei welchem sich der eine Teil (locator) zur Gewährung einer Sache oder eines Rechts auf Zeit, der andere (conductor) zur Zahlung einer Geldsumme (merces, pensio) hierfür verpflichtet. Wird hierfür nur der zeitweilige Gebrauch (ein uti licere) eingeräumt, so spricht man heute von Miete; ist an dem zeitweilig überlassenen Gegenstande jedoch auch eine Fruchtziehung möglich und soll neben dem Gebrauch auch diese gewährt werden (ein uti frui licere), so spricht man heute von Pacht[3]).

2. Da die l. c. nach rR. Konsensualvertrag ist (S. 489), so bedarf der Mietvertrag keiner Form[4]); er ist

[3]) Miete und Pacht unterscheiden sich von einander dadurch, daß der Mieter nur Gebrauch, der Pächter Gebrauch und Fruchtgenuß erhält; von der Leihe (unten § 94) dadurch, daß diese auf unentgeltliche Gebrauchsüberlassung geht; vom Darlehen (unten § 95) dadurch, daß hierbei nur Wiedergabe in genere stattfindet; vom Nießbrauch und den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten (unten § 136) dadurch, daß diese Rechtsinstitute dingliche Rechte (Servituten) sind, während durch Miete und Pacht nur Schuldverhältnisse hervorgerufen werden.

[4]) Auch nach BGB. ist der Mietvertrag formlos gültig; nur bedarf der Grundstücksmietvertrag der Schriftform, widrigenfalls er nur auf ein Jahr gilt (§ 566).

vielmehr mit der Einigung der Parteien über die **Essentialien** nämlich Mietsache und Mietzins rechtsbeständig (D. 19, 2, 2, pr.). In beiden Beziehungen gelten ähnliche **Grundsätze** wie beim Kauf: es genügt Bestimmbarkeit[5]) des **Mietzinses** (S. 548[2]); man kann eine fremde Sache vermieten (D. 19, 2, 9, 6, S. 548), so vor allem auch die gemietete **Sache** und zwar nach rR.[6]) selbst ohne Einwilligung des **Vermieters** (C. 4, 65, 6 sog. sublocatio, **Aftervermietung**); **man** kann nicht seine eigene Sache mieten (S. 547[6]), **es** sei **denn**, daß man deren Gebrauch nicht hat (D. 41, 2, 28).

c. **Rechtsverhältnis zwischen Vermieter und Mieter.**

1. Durch den Abschluß des Mietvertrags werden lediglich obligatorische Beziehungen zwischen den Parteien geschaffen. Dagegen hat der Mieter weder Besitz (anders BGB., unten § 116[5]) noch ein dingliches Recht an der Sache. Der Vermieter kann den Mieter daher jederzeit der Innehabung der Mietsache entsetzen, ohne daß diesem als bloßem Detentor die possessorischen Interdikte (unten § 118 c) zustehen; freilich wird der Vermieter entschädigungspflichtig, falls die Entsetzung vertragswidrig geschieht. Ferner kann bei Veräußerung der vermieteten Sache weder der Erwerber vom Mieter (D. 19, 2, 32, C. 4, 65, 9), noch dieser von jenem (D. 19, 2, 25, 1) die Fortsetzung der Miete beanspruchen (**Kauf bricht Miete**); natürlich wird aber der Vermieter dem von

---

[5]) Jedoch mußte nach rR. der Mietzins in Geld bestehen; wurde für eine Gebrauchsüberlassung eine andere Vergütung bestimmt, so wurde das Geschäft nicht als l. c., sondern als Innominatkontrakt (S. 488, do oder facio ut facias) angesehen und dementsprechend behandelt.

[6]) Nach BGB. § 549 bedarf es dagegen zur Untervermietung der Genehmigung des Vermieters, bei grundloser Verweigerung derselben ist der Mieter jedoch zur Kündigung berechtigt.

Nach rR. haften die eingebrachten Sachen des Aftermieters in Höhe des von diesem an den Hauptmieter zu zahlenden Mietzinses für die Mietschuld des Hauptmieters, und der Aftermieter wird daher seiner Mietschuld gegen den Hauptmieter ledig, wenn er an den Vermieter zahlt (D. 13, 7, 11, 5). Dies ist in das BGB. nicht übergegangen.

dem Erwerber vertriebenen Mieter ebenfalls entschädigungspflichtig[7]).

2. Die Rechtsbeziehungen zwischen Vermieter und Mieter richten sich in erster Linie nach dem Mietvertrage. Erst mangels besonderer Vertragsabreden kommen die nachfolgenden gesetzlichen Regeln zur Anwendung.

a. Der Vermieter ist verpflichtet, dem Mieter die vermietete Sache während der Vertragsdauer „in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustande zu erhalten" (BGB. § 536). Aus dieser, vom Mieter mit der actio conducti geltend zu machenden Pflicht folgt im einzelnen:

a. Die Mietsache muß dem Mieter in dem bedungenen oder üblichen Zustande insbesondere mit dem üblichen Zubehör (D. 19, 2, 19, 2) übergeben werden. Ist sie mit einem Mangel behaftet, der ihren vertragsmäßigen Gebrauch hindert, so stehen dem Mieter zwar nicht die ädilizischen Klagen (S. 557) zu, da deren Anwendungsgebiet sich auf den Kauf beschränkt (D. 21, 1, 63); der Mieter hat aber in ähnlicher Weise wie der Käufer die Wahl zwischen dem

---

[7]) D. 19, 2, 25, 1: Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet, ut apud emptorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat: alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto.

Die unsichere Stellung des Mieters erklärt sich daraus, daß in Rom die Grundstücksmiete nicht die Bedeutung hatte, wie bei uns. Nur ganz vermögenslose Personen wohnten in einem Miethause (insula). Bei der Rezeption hat der Grundsatz „Kauf bricht Miete" den umgekehrten Grundsatz des deutschen Rechts „Heuer geht vor Kauf" überwunden. Auch noch der I. Entwurf zum BGB. hatte jenen Grundsatz des rR. angenommen; nach BGB. (§§ 571 ff.) tritt dagegen bei der Grundstücksmiete der Erwerber in die Pflichten des Veräußerers den Mietern gegenüber ein, vorausgesetzt, daß ihnen das Grundstück oder der gemietete Teil desselben (die Wohnung) zur Zeit der Veräußerung bereits überlassen ist. Nur bei Verkäufen in der Zwangsversteigerung (ZwVG. § 57) und durch den Konkursverwalter (KO. § 21 Abs. 3) kann der Käufer mit Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist (BGB. § 565) kündigen.

Rücktritt und einer entsprechenden Minderung des Mietzinses. Dies gilt auch, wenn ein Mangel während der Mietzeit eintritt (D. 19, 2, 25, 2). Der Vermieter haftet ferner dem Mieter auch für den durch den Gebrauch der mangelhaften Sache herbeigeführten Schaden, wenn ihn eine Schuld trifft oder er die Abwesenheit des Mangels ausdrücklich oder stillschweigend zugesichert hatte[8]). Ähnliche Grundsätze gelten, wenn die Mietsache dem Mieter nicht rechtzeitig übergeben oder durch den Vermieter oder einen dritten Besserberechtigten entzogen wird[9]).

b. Der Vermieter ist ferner verpflichtet, die Sache während der Vertragsdauer in gebrauchsfähigem Zustande zu erhalten. Er trägt deshalb die Wiederherstellungskosten (D. 19, 2, 15, 1, ferner 19, 2 und 25, 2) sowie die sonstigen Lasten der Sache (zB. D. 43, 10, 1, 3; BGB. § 546) und muß daher dem Mieter die hierfür notwendig oder nützlich gemachten Aufwendungen erstatten, während der Mieter hinsichtlich sonstiger Verwendungen nur ein ius tollendi hat (D. 19, 2, 19, 4 ferner 55, 1 und 61, pr.).

c. Der Vermieter trägt die Gefahr (periculum est locatoris, S. 498[2]); d. h. geht die Mietsache während der Mietsdauer ohne Verschulden des Mieters unter, so braucht dieser keinen Mietszins mehr zu zahlen, wird sie erheblich (D. 19, 2, 27, pr.) verschlechtert, so kann er einen entsprechenden Abzug machen[10]).

---

[8]) D. 19, 2, 19, 1: Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id quod interest nec ignorantia eius erit excusata: et ita Cassius scripsit. aliter atque si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur: hic enim si pecora vel demortua sunt vel etiam deteriora facta quod interest praestabitur, si scisti, si ignorasti pensionem non petes. Ähnlich auch BGB. §§ 537 ff.

[9]) D. 19, 2, 60, pr.: Wegen einer unerheblichen Hinderung oder Vorenthaltung des Gebrauchs ist der Rücktritt jedoch unzulässig (D. 19, 2, 24, 4, ebenso BGB. § 542 Abs. 2).

[10]) Vgl. zB. D. 19, 2, 30, 1: (Alfenus): Aedilis in municipio balneas conduxerat, ut eo anno municipes gratis lavarentur: post tres menses incendio facto respondit posse agi cum balneatore ex conducto, ut pro portione temporis, quo lavationem

β. Der Mieter ist verpflichtet:

a. zur Zahlung des vereinbarten Mietszinses, und zwar mangels einer anderen Abrede „postnumerando", d. h. am Ende der Mietzeit oder eines abgeschlossenen Teils derselben; der Vermieter hat also im Zweifel vorzuleisten (ebenso BGB. § 551);

b. zu vertragsmäßigem Gebrauch (D. 19, 2, 11; ebenso BGB. §§ 548, 550);

c. zur Rückgabe der Sache in einem dem Empfang unter Berücksichtigung der angemessenen Abnutzung entsprechenden Zustande (ebenso BGB. § 548). Wegen etwaiger Verwendungsansprüche hat der Grundstücksmieter kein Zurückbehaltungsrecht (C. 4, 65, 25; ebenso BGB. § 556 Abs. 2).

Der Vermieter macht die vorstehenden Ansprüche mit der actio locati geltend.

3. Der Vermieter eines praedium urbanum, d. h. eines nach seiner Art[11]) zum Gebrauche zum Wohnen, als Stall oder Lagerplatz (D. 20, 2, 4, 1) bestimmten Grundstücks hat wegen aller seiner Ansprüche aus dem Mietverhältnis (Mietszins, Schadensersatz, D. 20, 2, 2) ein gesetzliches Pfandrecht (pignus tacitum)[12]) an den „invecta et illata" des Mieters, d. h. den diesem gehörigen beweglichen Sachen, die der Mieter auf das Grundstück gebracht hatte, damit sie dauernd dort bleiben („quae, ut ibi sint, illata fuerint", D. 20, 2, 7, 1). Zur Geltendmachung dieses gesetzlichen Pfandrechts, d. h. zur Erlangung des Besitzes an den invecta und illata, stehen dem Ver-

---

non praetistisset, pecuniae contributio fieret. Dies gilt auch für das BGB. §§ 323 ff.

[11]) Unerheblich ist für den Begriff des praedium urbanum seine Lage (S. 256); D. 50, 16, 198: urbanum praedium non locus facit, sed materia.

[12]) Ursprünglich mußte der Mieter dem Vermieter durch Nebenvertrag dies Pfandrecht besonders bestellen: allmählich wurde diese Nebenabrede so üblich, daß sie auch ohne ausdrückliche Verabredung als stillschweigend vereinbart galt; vgl. die Überschrift von D. 20, 2: In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur und unten §§ 140 b und 141 c 1 α.

mieter zwei Rechtsbehelfe zu Gebot: ein possessorisches, nur gegen den Mieter wirksames (C. 8, 9, 1), das interdictum Salvianum[13]), und ein dingliches, auch gegen dritte wirksames, die actio Serviana[14]). Umgekehrt steht dem Mieter, dessen Sachen von dem Vermieter rechtswidrig zurückgehalten werden, ein interdictum de migrando zu (D. 43, 32). Über die Haftung der Sachen des Aftermieters vgl. S. 574[6].

4. Die Miete endigt:
regelmäßig mit Ablauf der bedungenen Mietzeit. Vorzeitig kann sie endigen:

α. Durch Rücktritt des Mieters wegen Nichtgewährung des vertragsmäßigen Gebrauchs (D. 19, 2, 25, 2) und im Falle begründeter Furcht (D. 19, 2, 27, 1).

β. Durch Rücktritt des Vermieters wegen:

a. dringenden eigenen Bedürfnisses (C. 4, 65, 3);

b. der Notwendigkeit eines Hauptbaus (D. 19, 2, 30, pr. und 35, pr.);

c. Nichtzahlung der Miete während voller zweier Jahre (D. 19, 2, 54, 1 und 56);[15])

d. Mißbrauch der Mietsache durch den Mieter (S. 577).

---

[13]) Ursprünglich stand das int. Salvianum nur dem Verpächter zu, der sich in den Besitz der ihm vom Pächter für den Pachtzins verpfändeten invecta et illata setzen wollte; später wurde es auch dem Vermieter gegeben. Auch die actio Serviana wurde zuerst dem Verpächter zur Erlangung des Besitzes der ihm verpfändeten Sachen gegeben, erst später „utiliter" auch sonstigen Pfandgläubigern, vgl. unten § 140 b.

[14]) Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters ist auch in das BGB. übergegangen (§§ 559 ff.). Es kann jedoch im voraus nicht für eine weitere Zeit als das laufende und kommende Jahr geltend gemacht werden und erstreckt sich nicht auf die unpfändbaren Sachen (CPO. § 811).

[15]) Nach BGB. § 554 genügt der Rückstand zweier Termine. Bei Grundstücksmiete pflegt der Mieter dem Vermieter jedoch vertragsmäßig das Recht einzuräumen, ihn schon bei einmaligem Verzug zu „exmittieren".

Keinen Einfluß auf das Mietverhältnis hat der Tod eines Vertragsteils (I. 3, 24, 6, C. 4, 65, 10).[16])

Wird nach Ablauf der Mietzeit die Mietbenutzung fortgesetzt (relocatio tacita), so gilt das Mietverhältnis nach D. 19, 2, 13, 11 als fortgesetzt „prout quisque habitaverit, nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est“[17]), während die stillschweigend fortgesetzte Pacht auf ein Jahr für erneuert gilt.

d. Pacht.

Für die Pacht d. h. die entgeltliche Gewährung des Gebrauchs und der Nutzung einer fruchttragenden Sache oder eines Rechts (publicani, S. 78[4]) gelten nach rR. im allgemeinen die Grundsätze der Miete[18]).

---

[16]) Die zu a und b angeführten Rücktrittsfälle sind in das BGB. nicht übergegangen. Andererseits kennt das BGB. die Kündigung: seitens des Mieters bei Gesundheitsgefährlichkeit einer Wohnung (§ 544), bei grundlos verweigerter Aftervermietung (§ 549), beim Tode (§ 569), bei der Versetzung (§ 570); seitens des Vermieters: beim Mißbrauche der Mietsache (§ 553), beim Tode des Mieters (§ 569); seitens beider Teile: im Konkurse (KO. §§ 19—21). Der Tod des Vermieters ist einflußlos.

Soweit nach rR. der vorzeitige Rücktritt zulässig war, konnte er sofort erfolgen; dagegen bedarf es nach BGB. in einzelnen Fällen (Verweigerung der Aftervermietung, Tod des Mieters, Versetzung, Zwangsverkauf, Konkurs) der Innehaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist (§ 565).

[17]) Das bedeutet: ist in dem ursprünglichen Mietvertrage vorgesehen, daß mangels einer Kündigung das Mietverhältnis als für eine gewisse Zeit für verlängert zu erachten sei, so bleibt diese Vertragsabrede maßgebend. Manche wollen aus dem Satze jedoch den Grundsatz entnehmen, daß im Falle der relocatio tacita sich das Mietsverhältnis stets um die ursprüngliche Vertragszeit verlängere. Nach BGB. § 568 gilt das fortgesetzte Mietverhältnis, wenn kein Teil binnen 2 Wochen seit Kenntnis der Mietsfortsetzung widerspricht, als auf unbestimmte Zeit eingegangen, ist also mit der gesetzlichen Frist kündbar.

[18]) Ebenso BGB. § 581 Abs. 2. Jedoch finden sich im BGB., obgleich die zu 1—3 erwähnten Besonderheiten des rR. in das BGB. nicht übergegangen sind, weit erheblichere Abweichungen der Pacht von der Miete, so hinsichtlich der Reparaturen (§ 582), des Pfandrechts

Besonderheiten der Pacht sind:

1. Colonia partiaria. Die Gegenleistung desjenigen, dem eine fruchttragende Sache nicht nur zum Gebrauche, sondern auch zur Fruchtgewinnung überlassen wird (pensio), kann nach rR. bestehen in Geld, in einer bestimmten Menge von Früchten (pars quanta) oder in einem gewissen Anteil an diesen (pars quota). In letzterem Falle (sog. colonia partiaria, Teilpacht) soll zwischen Verpächter und Pächter, besonders bezüglich der Tragung der Gefahr, ein gesellschaftsähnliches Verhältnis stattfinden (partiarius colonus quasi societatis iure et damnum et lucrum cum domino fundi partītur, D. 19, 2, 25, 6).

2. Remissio mercedis. Der Pächter kann bei ungewöhnlichen Unglücksfällen, welche die Fruchtgewinnung beeinträchtigen, einen Pachtzinserlaß (remissio mercedis) beanspruchen unter der Verpflichtung, den erlassenen Teil des Pachtzinses aus den Erträgnissen ungewöhnlich glücklicher Jahre nachzuzahlen (D. 19, 2, 15, 2—4, C. 4, 65, 8).

3. Pachtungsverbote. Den Dekurionen (S. 90, C. 4, 65, 30), Soldaten (D. 19, 2, 50, C. 4, 65, 31 und 35) und Geistlichen (Nov. 123 c. 6) sind Pachtungen überhaupt, den kaiserlichen Hausbeamten Pachtungen von Grundstücken des kaiserl. Kronvermögens (C. 11, 73, 1), den Vormündern vor der Entlastung fiskalische Pachtungen verboten (D. 19, 2, 49, C. 5, 41, 1).

4. Pfandrecht. Während das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters die invecta et illata des Mieters umfaßt, hat der Verpächter ein Pfandrecht nur an den vom Pächter (oder dessen Afterpächter, D. 19, 2, 24, 1) erworbenen

---

(§ 585), der Rückgabepflicht (§§ 589 ff.), der Kündigung (§§ 595, 596). Einzelne dieser Besonderheiten beziehen sich nur auf die Pacht landwirtschaftlicher, d. h. zum Ackerbau oder zur Viehzucht bestimmter (einzelner) Grundstücke (§§ 582—585), andere nur auf die Pacht eines Landguts, d. h. solcher dem Betriebe der Landwirtschaft gewidmeter Grundstücke, die ein wirtschaftliches Ganze bilden (§§ 593, 594); vgl. S. 256[4].

Früchten (D. 20, 2, 7, pr.), nicht auch an seinen eingebrachten Sachen (D. 22, 2, 4, pr., anders BGB. § 585).

5. Fruchterwerb. Da der Pächter am Pachtgrundstücke kein dingliches Recht hat, so erwirbt er dessen Frucht nicht schon mit der Trennung (Separation), sondern erst mit der Besitzergreifung (Perzeption), zu welcher er jedoch der Genehmigung des Verpächters bedarf (unten § 126). Widerspricht der Verpächter, so wird der Pächter nicht Eigentümer der Früchte, kann aber bei Vertragswidrigkeit des Widerspruchs vom Verpächter mit der actio conducti Schadensersatz verlangen [19]).

6. Pacht eines Grundstücks mit Inventar. Wird ein Grundstück mit dem Inventar (instrumentum), d. h. den zur Bewirtschaftung des Grundstücks bestimmten und mit diesem in eine räumliche Beziehung gebrachten Sachen, verpachtet (sog. fundus instructus), so sind verschiedene Gestaltungen möglich.

α. Das Inventar wird einfach mitverpachtet; dann bleibt der Verpächter Eigentümer, trägt die Gefahr und ist zur Erhaltung verpflichtet (BGB. § 586);

β. das Inventar wird vom Pächter zum Schätzungswert übernommen, mit der Verpflichtung, es beim Pachtende zum Schätzungswert zurückzugewähren (aestimatio taxationis causa). Auch hierbei bleibt der Verpächter Eigentümer des Inventars; dessen Gefahr trägt aber der Pächter, da er beim Pachtende nur den Schätzungswert der vorhandenen Stücke zurückerhält (BGB. §§ 587—589); [20]) [21])

---

[19]) Nach BGB. §§ 954 ff. wird der Pächter mit der Trennung Eigentümer der Früchte.

[20]) Diese Art des Pachtvertrags wird wegen der dem Pächter obliegenden Erhaltung des Inventars insbesondere des Viehstandes auf der Höhe zur Zeit der Übernahme als Eisernviehvertrag, contractus socidae, bezeichnet („Eisern Vieh stirbt nie"). Ein Eisernviehvertrag kommt übrigens auch unabhängig von einer Grundstückspachtung bei Übergabe einer Herde zum Gebrauch und zur Nutzung vor (bail à cheptel).

[21]) Die Fälle, in denen ein Pächter (oder Mieter) vom Verpächter vertretbare Sachen mit der Abrede übernimmt, daß nicht gerade die

γ. das Inventar wird vom Pächter gekauft. Dann erfolgt die auch hier erforderliche aestimatio also venditionis causa und der Pächter wird Eigentümer. Für diese Gestaltung spricht nach rR. eine gesetzliche Vermutung[22]).

Vierter Titel. Leihe (BGB. §§ 598—606).

§ 94. Commodatum.

a. Begriff und Abschluß.

Leihe (commodatum = commodo datum) ist die vertragsmäßige, unentgeltliche, zeitweilige Überlassung einer Sache zum Gebrauche[1]). Das Kommodat ist nach rR. einer

---

gleichen Sachen zurückzugeben sind, sondern tantundem eiusdem generis, werden gemeinrechtlich als locatio conductio irregularis bezeichnet.

[22]) D. 19, 2, 3: Cum fundus locetur et aestimatum instrumentum colonus accipiat, Proculus ait id agi, ut instrumentum emptum habeat colonus, sicuti fieret, cum quid aestimatum in dotem daretur.

[1]) D. 13, 6: Commodati vel contra; C. 4, 23: De commodato.

Die Römer kannten zwei Arten unentgeltlicher Gebrauchsüberlassung: das commodatum und das precarium, die — wenigstens bis in die klassische Zeit — tiefgehende Unterschiede aufwiesen (D. 43, 26: De precario, C. 8, 9: De precario et de Salviano interdicto).

a. Das commodatum war ein Realvertrag, das precarium ein rein tatsächliches Verhältnis, wobei jemand (precario dans) einem Anderen (precario accipiens, Prekarist) einen Gegenstand zum unentgeltlichen Gebrauch überließ, ohne sich aber irgendwie binden zu wollen. Während der Kommodant daher verpflichtet war, die geliehene Sache dem Entleiher für bestimmte Zeit oder bis dieser einen bestimmten Gebrauch machen konnte, zu belassen, stand das precario Gegebene auf beliebigen Widerruf (D. 43, 26, 1, pr.: Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur). Dies galt selbst dann, wenn dem Prekaristen die Belassung für eine bestimmte Zeit versprochen war (D. 43, 26, 12, pr.). So war nach Niebuhr insbesondere das Verhältnis zwischen Patron und Klienten hinsichtlich des aus ager publicus gewährten Lehnguts

der vier benannten Realkontrakte (I. 3, 14, 2, D. 44, 7, 1, 3); es wird daher erst durch die Übergabe bindend (S. 487). Ein nicht in Stipulationsform abgeschlossenes pactum de commodando erzeugt als nudum pactum (S. 490) vor der Übergabe keine Verpflichtungen.

Die Leihe unterscheidet sich:

1. von der Miete durch ihre Unentgeltlichkeit;

2. vom Darlehen (unten § 95) dadurch, daß bei diesem nicht die empfangene Sache (in specie) wie bei der Leihe, sondern nur „tantundem eiusdem generis" zurück zu erstatten ist. Deshalb müssen die zu Darlehen gegebenen Sachen vertretbar sein und gehen in das Eigentum des Empfängers über (quas res in hoc damus, ut fiant acci-

---

(vgl. S. 50) und in klassischer Zeit das Verhältnis zwischen dem Faustpfandgläubiger, der dem Verpfänder die Pfandsache, sowie dem Verkäufer, der vor Zahlung des Kaufpreises dem Käufer die Kaufsache widerruflich überläßt (D. 43, 26, 11 und 20).

b. War hiernach der precario dans nicht vertraglich gebunden, so zog das rR. daraus die Folgerung, daß auch umgekehrt der precario accipiens keine vertraglichen Pflichten hätte. Daher haftete der Prekarist nicht, wie der Kommodatar, für omnis culpa, sondern nur für dolus, dem erst in der Kaiserzeit — wie auch sonst, S. 459[6] — die culpa lata gleichgestellt wurde. Ferner stand dem precario dans auf Rückgabe der hingegebenen Sache keine Vertragsklage (wie dem Kommodanten die actio commodati directa) zu, sondern der Prätor gewährte ihm nur ein auf die bloße Tatsache der nach dem Widerruf unberechtigten Innehabung, nicht auf das Versprechen der Rückgabe gegründetes interdictum de precario (D. 43, 26, 2, pr.: Ait praetor: „Quod precario ab illo habes aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas"). Später gab man ihm auch eine condictio sine causa. An einigen Stellen (D. 43, 26, 2, 2 und 19, 2) sprechen die Pandekten zwar von einer gegen den Prekaristen zustehenden actio praescriptis verbis, gleich als wäre das precarium zu einem Innominatkontrakte geworden (S. 488); die Echtheit dieser Stellen ist jedoch zu bezweifeln.

c. Während der Kommodatar nach rR. nur Innehabung (Detention) hatte, war der Prekarist „abgeleiteter" juristischer Besitzer (D. 43, 26, 4, 1 und 15, 4), hatte also Besitzschutz aus eigenem Rechte, nur nicht gegen den precario dans (unten § 116 b 1 α b).

Das BGB. hat keine besonderen Vorschriften für die frei widerrufliche Leihe.

pientis, postea alias recepturi eiusdem generis et qualitatis, D. 44, 7, 1, 2), während bei der Leihe, die an vertretbaren wie an unvertretbaren Sachen zulässig ist[2]), weder ein Eigentums- noch sonst ein Besitzwechsel stattfindet (D. 13, 6, 8: Rei commodatae et possessionem et proprietatem retinemus). Der „Kommodant" („Verleiher" im BGB.) bleibt Eigentümer der geliehenen Sache, wenn er es war, was für die Rechtsbeständigkeit des Leihvertrags übrigens unerheblich ist (D. 13, 6, 15 und 16); und der „Kommodatar" („Entleiher" im BGB.) wird nicht juristischer Besitzer sondern nur Detentor (im BGB. § 868 „unmittelbarer Besitzer", unten § 116[5]).

b. Inhalt des Leihvertrags.

1. Das commodatum ist ein contractus bilateralis inaequalis (S. 269). Durch den Leihvertrag entstehen nämlich unbedingt nur die unter 2 erwähnten (vom Verleiher mit der actio commodati directa geltend zu machenden) Verpflichtungen des Entleihers, während die — unter 3 behandelten — Verpflichtungen des Verleihers (welche der Entleiher mit der actio commodati contraria geltend macht) zwar entstehen können, aber nicht müssen. Die wechselseitigen Verpflichtungen sind von dem Gedanken aus geordnet, daß die Leihe zwar grundsätzlich (vgl. jedoch zB. D. 13, 6, 18, pr. a. E.) ein lediglich dem Kommodatar vorteilhaftes Geschäft ist (daher die verschiedene Haftung des Kommodanten und des Kommodatars, s. u.), daß die Leihe aber andererseits ein Vertrag ist, der wechselseitige Pflichten erzeugt (daher ist zB. keine unzeitgemäße Rückforderung der geliehenen Sache zulässig).[3])

---

[2]) Dagegen ist an verbrauchbaren Sachen eine Leihe nur dann möglich, wenn eine Benutzung ohne Verbrauch möglich ist; D. 13, 6, 3, 6: Non potest commodari id quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat (zB. Früchte zur Tafeldekoration).

[3]) Vgl. die lehrreiche l. 17 § 3 D. 13, 6: Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui bene-

2. Der Entleiher ist verpflichtet zur:

α. Tragung der gewöhnlichen Unterhaltskosten, bei Leihe eines Tieres insbesondere der Fütterungskosten (modica impendia, D. 13, 6, 18, 2, ebenso BGB. § 601 Abs. 1);

β. Haftung für jedes Verschulden, ja sogar für Zufall, wenn dessen Einwirkung durch vertragswidrigen Gebrauch ermöglicht wird (D. 13, 6, 18, pr.),[4]) nicht aber für einen bei vertragsmäßigem Gebrauch eintretenden zufälligen Schaden (D. 13, 6, 23, ebenso BGB. § 602); liegt die Leihe im Interesse beider Beteiligter, so haftet der Entleiher nur für dolus und culpa lata (D. 13, 6, 18, pr.);

γ. Rückgabe nach Ablauf der bestimmten oder sich aus dem Leihezweck ergebenden Zeit und zwar mit allen Vermehrungen (D. 22, 1, 38, 10).[5])

3. Der Verleiher kann verpflichtet sein:

α. zum Schadensersatz, wenn ihm Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt (ebenso BGB. §§ 599, 600);[6])

β. zum Ersatz von Verwendungen, soweit sie die vom Entleiher zu tragenden Unterhaltskosten übersteigen (D. 13, 6, 18 und 21, ebenso BGB. § 601). Hierfür hat der Entleiher ein Zurückbehaltungsrecht (D. 47, 2, 60).

---

ficium tribuit. cum autem id fecit, id est postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque.

[4]) Über die Pflicht des Entleihers, im Falle der Gefahr die geliehene Sache eher zu retten als die eigene, vgl. D. 13, 6, 5, 4: proinde et si incendio vel ruina aliquid contigit vel aliquid damnum fatale, non tenebitur, nisi forte, cum possit res commodatas salvas facere, suas praetulit. Nach BGB. ist nach Lage des Falls zu entscheiden, ob hierin ein Verschulden liegt.

[5]) Ebenso BGB. § 604. Nach § 605 kann der Verleiher die Leihe schon vorher kündigen, wenn er infolge eines nicht vorhergesehenen Umstands der verliehenen Sache bedarf, wenn der Entleiher sie vertragswidrig gebraucht oder stirbt. Das Gleiche wurde von manchen schon für das Gemeine Recht angenommen.

[6]) D. 13, 6, 18, 3: Item qui sciens vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum vel oleum corruptum effusumve est, condemnandus eo nomine est. Vgl. ferner D. 13, 6, 22.

Fünfter Titel. Darlehen (BGB. §§ 607—610).

§ 95. Mutuum.

a. Begriff und Abschluß.

1. Darlehen[1]) (mutuum)[2]) ist ein Vertrag, bei dem jemand (Darleiher, Gläubiger) einem Anderen (Darlehnsempfänger, Schuldner) Geld oder andere vertretbare Sachen unter der Verpflichtung zu Eigentum übergibt, das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten (BGB. § 607).

2. Das mutuum ist nach rR. einer der vier benannten Realkontrakte (mutuum, depositum, commodatum, pignus, S. 487). Das bedeutet, daß erst die Ausantwortung der Darlehnssumme den Darlehnsvertrag zur Entstehung bringt. Auch wenn eine Vereinbarung über Hingabe eines Darlehns (pactum de mutuo dando) vorausgegangen

---

[1]) D. 12, 1: De rebus creditis si certum petetur et de condictione; C. 4, 1: De rebus creditis et de iureiurando; 4, 2: Si certum petatur. Die Benennung „De rebus creditis" ist in D. 12, 1, 1, 1 dadurch erklärt, daß dieser Titel die Kreditgeschäfte umfaßt, d. h. Geschäfte, bei denen der eine Teil in der Gegenwart dem anderen eine Leistung „anvertraut", die Rückleistung oder Gegenleistung aber erst in der Zukunft zu erfolgen braucht: omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituimus, complectitur: nam, ut libro primo quaestionum Celsus ait, credendi generalis appellatio est: ideo sub hoc titulo praetor et de commodato et de pignore edixit. nam cuicumque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid, ex hoc contractu credere dicimur. Wegen dieser Natur der Kreditgeschäfte gelten sie im Gegensatz zu sonstigen Geschäften (S. 509[4]) als unter einer „clausula rebus sic stantibus" geschlossen. Hat sich jemand also in Stipulationsform verpflichtet, ein Darlehen zu gewähren, so wird er von dieser Verpflichtung frei, wenn der Darlehnsempfänger in der Zwischenzeit in Vermögensverfall gerät; tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur „si in eadem causa maneat", D. 46, 3, 38, pr. Vgl. ähnlich BGB. §§ 321, 610.

[2]) Das „mutuum" (angeblich daraus herzuleiten „quod ex meo tuum fit", I. 3, 14, pr., D. 12, 1, 2, 2) war das Kreditgeschäft des klassischen rR. Das Darlehnsgeschäft des ius civile war das in klassischer Zeit veraltete nexum (S. 154).

ist, gilt die Auszahlung als erfolgt nicht solvendi causa (zur Erfüllung dieses Vorvertrags), sondern obligandi causa (als ein den Darlehnsvertrag erst zur Entstehung bringender Umstand).[3])

3. Die hiernach für das Darlehen begrifflich notwendige Hingabe vertretbarer Sachen[4]) setzt Eigentumsverschaffung an diesen voraus. Daraus folgt:

α. Beim Darlehen geht die Rückgabeverpflichtung nicht auf idem, sondern auf tantundem eiusdem generis[5]). Die Gefahr des Untergangs der empfangenen Geldstücke trifft also den Darlehnsempfänger (D. 44, 7, 1, 4).

β. Der Verleiher muß Eigentümer der zum Darlehen gegebenen Gegenstände und zur Verfügung darüber befugt sein (l. 2 § 4, l. 16 D. 12, 1). Anderenfalls kann er nicht mit der Darlehnsklage klagen (D. 12, 1, 2, 2), sondern er kann das Hingegebene nur kondizieren (D. 12, 1, 11, 2), und ein etwa für das Darlehen gestellter Bürge haftet nicht (D. 46, 1, 56, 2). Erwirbt der Empfänger

---

[3]) Ob Realkontrakte auch für das moderne Gemeine Recht und das BGB. anzuerkennen sind, in dem Sinne, daß der Vertrag erst durch die Hingabe und nicht schon durch die ihr zeitlich vorausgehende Einigung erzeugt wird, ist sehr bestritten; vgl. S. 491[19].

[4]) Vgl. D. 44, 7, 1, 2: Mutui autem datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensurave constant, veluti vino oleo frumento pecunia numerata, quas res in hoc damus, ut fiant accipientis, postea alias recepturi eiusdem generis et qualitatis.

[5]) Dadurch unterscheidet sich das Darlehen von Miete, Leihe und Verwahrung. Freilich kann bei diesen Verträgen, wenn sie sich auf vertretbare Sachen beziehen, auch vereinbart werden, daß die Rückgabe des Hingegebenen auch in anderen als den empfangenen Stücken erfolgen dürfe (sog. irreguläre Miete, Leihe oder Verwahrung). Dann ist freilich das erwähnte begriffliche Unterscheidungsmerkmal verwischt und es hängt von der Beurteilung der Parteiabsicht ab, ob Darlehen oder einer der erwähnten irregulären Verträge vorliegt. Gibt zB. A dem B 10000 Mk. bar, so liegt depositum irregulare vor, wenn das Geschäft wesentlich im Interesse des A, damit er der Aufbewahrung des Geldes überhoben wird, Darlehen, wenn es wesentlich im Interesse des B, damit er Betriebsmittel erhalte, abgeschlossen wird (unten § 102 c).

jedoch das Eigentum des Empfangenen nachträglich (zB. durch Konvaleszenz, S. 316), verbraucht er insbesondere das Empfangene redlich, zB. durch Ausgabe der empfangenen Geldstücke oder vermengt er ununterscheidbar das fremde Geld mit dem seinigen, so gewährt das rR. dem Darleiher eine besondere (in neuerer Zeit so genannte) condictio de bene depensis (I. 2, 8, 2; l. 11 § 2, ll. 12, 13 D. 12, 1). Hat der Empfänger es unredlich verbraucht, so kann der Verleiher gegen ihn mit einer actio ad exhibendum (unten § 112) oder der condictio furtiva (unten § 114 b 1) vorgehen.

γ. Nach älterem rR. entstand ein Darlehnsvertrag nur durch unmittelbare Überführung der zum Darlehen bestimmten vertretbaren Sachen aus dem Eigentum des Darleihers in das des Empfängers (D. 17, 1, 34, pr.). Im späteren rR. werden aber auch verschiedene Fälle bloß mittelbarer Eigentumsübertragung als genügend anerkannt. Ein Darlehen soll nämlich auch entstehen, wenn der Darleiher:

a. dem Darlehnsempfänger eine Sache nicht zu Eigentum[6]), sondern mit der Weisung übergibt, daß er sie veräußern und den Erlös als Darlehen behalten soll (D. 12, 1, 11, pr., sog. contractus mohatrae, ein im Mittelalter aus dem Arabischen entnommenes Wort, auch barata genannt);

b. dem Darlehnsempfänger Sachen zu einem Schätzungspreise zu Eigentum übergibt mit der Abrede, daß dieser Preis als Darlehnsbetrag geschuldet sein sollte (D. 12, 1, 11, pr., C. 4, 2, 8);

c. seinen Schuldner anweist, die schuldige Zahlung an den Darlehnsempfänger zu leisten;

d. mit seinem Schuldner übereinkommt, daß dieser die aus irgend einem Rechtsgrunde (Kauf, Miete, Schenkungsversprechen, Depositum, Mandat) geschuldete Leistung vertretbarer Sachen als Darlehen behalten soll (D. 12, 1, 15, vgl. jedoch D. 17, 1, 34, pr.; ebenso BGB. § 607 Abs. 2).

---

[6]) Also dergestalt, daß der Darlehnsgeber bis zur Veräußerung auch die Gefahr trägt; D. 12, 1, 11, pr.

Das Darlehen kann auch auf fremden Namen gegeben werden (D. 12, 1, 9, 8, oben S. 338); irrt der Empfänger dagegen über die Person des Gläubigers, so kommt kein Darlehnsvertrag zustande, und der Geber hat nur eine condictio sine causa auf Rückgabe des Empfangenen (condictio Iuventiana, oben S. 295[6]).

b. Darlehnsfähigkeit.

Die Fähigkeit, ein Darlehen zu gewähren und ein solches aufzunehmen (aktive und passive Darlehnsfähigkeit) setzt Verpflichtungsfähigkeit (S. 275) voraus. Die passive Darlehnsfähigkeit ist aber im rR. wegen der wirtschaftlichen Gefährlichkeit des Darlehns noch besonderen Beschränkungen unterworfen worden.

1. Volljährige Hauskinder[7]) waren nach rR. bis in die erste Kaiserzeit unbeschränkt verpflichtungs-, daher auch darlehnsfähig, ohne der Zustimmung ihres Gewalthabers zu bedürfen. Durch ein unter Vespasian — infolge eines Einzelfalls[8]), also wie man heute sagen würde, als „Gelegenheitsgesetz" — erlassenes SC. Macedonianum wurde jedoch bestimmt, daß durch Hingabe eines Darlehns an ein selbst

---

[7]) Auch minderjährige geschlechtsreife Hauskinder waren an sich, wenn sie keinen Kurator hatten (S. 279), passiv darlehnsfähig; wegen der dem Gläubiger drohenden in integrum restitutio (S. 280) trat jedoch für sie das Bedürfnis einer Sondervorschrift nicht hervor.

[8]) Der von Wucherern mit Schuldhaft (S. 212) bedrohte Hassohn Macedo soll seinen Vater ermordet haben; vgl. D. 14, 6, 1, pr. Verba senatus consulti Macedoniani haec sunt: „Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam, ne quid amplius diceretur, incertis nominibus crederet: placere, ne cui, qui filio familias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo faenerarent, nullius posse filii familias bonum nomen exspectata patris morte fieri". D. 14, 6: De SC. Macedoniano; C. 4, 28: Ad SC. Macedonianum.

Schon Claudius „lege lata saevitiam creditorum coercuit, ne in mortem parentum pecunias filiis familiarum fenori darent" (Tacitus ann. 11, 13).

volljähriges Hauskind nur eine Naturalobligation (S. 472) entstehen sollte, dergestalt, daß das freiwillig Gezahlte zwar nicht zurückgefordert, andererseits aber die Rückzahlung des Darlehns auf dem Prozeßwege nicht erzwungen werden sollte. Vielmehr sollte das auf Rückzahlung verklagte Hauskind (ebenso auch sein Erbe, D. 14, 6, 7, 10, und sein Bürge, falls er ein Regreßrecht gegen das Kind hat, D. 14, 6, 9, 3) der Klage eine exceptio SC. Macedoniani entgegenstellen dürfen und zwar selbst dann, wenn es erst verklagt wurde, nachdem es hausunabhängig (sui iuris) geworden war. Doch bezog sich das SC. Macedonianum nur auf Darlehen in barem Geld, es sei denn, daß „in fraudem legis" ein contractus mohatrae geschlossen war (D. 14, 6, 7, 3), nicht auf sonstiges Kreditieren (D. 14, 6, 3, 3), und war auch bei Gelddarlehen unanwendbar („cessat SC."):

α. bei — auch nur stillschweigender — vorheriger (l. 7 § 15, ll. 12, 16 D. 14, 6) oder nachträglicher (C. 4, 28, 7, pr.) Einwilligung des pater familias;

β. bei Aufnahme oder Verwendung des Darlehns zum Vorteile des Vaters (versio in rem patris), z.B. wenn der Vater seinem auswärts studierenden Sohne den „Wechsel" nicht rechtzeitig schickte (l. 7 § 12—15, l. 17, D. 14, 6);

γ. wenn der Darlehnsgläubiger das Hauskind aus entschuldbarem Irrtume für sui iuris hielt (l. 3, pr., l. 19 D. 14, 6);

δ. wenn der Darlehnsempfänger ein peculium castrense oder quasi castrense (S. 165) hatte, soweit dieses reichte (l. 1 § 3, l. 2 D. 14, 6), oder wenn er Soldat war (C. 4, 28, 7, 1);

ε. wenn der Gläubiger minderjährig war (ut magis aetatis ratio quam SCti habeatur, D. 4, 4, 11, 7), es sei denn, daß auch der Darlehnsempfänger minderjährig war (dann heißt es in D. 4, 4, 34, pr.: melior est causa consumentis, nisi locupletior ex hoc inveniatur litis contestatae tempore is qui accepit);

ζ. wenn das Hauskind, nachdem es sui iuris geworden, die Darlehnsschuld ausdrücklich oder stillschweigend (zB. durch teilweise Rückzahlung) anerkannte (C. 4, 28, 2).[9])

2. Nach D. 12, 1, 27 und Nov. 120, 6, 3 haften juristische Personen öffentlichen Rechts (Stadtgemeinden, Kirchen) aus den von ihren Vorstehern aufgenommenen Darlehen nur, wenn das Geld nachweislich für die juristischen Personen verwendet ist; „alioquin ipsi soli qui contraxerunt, non civitas tenebuntur".

c. Verpflichtungen aus dem Darlehnsvertrag.

1. Das mutuum ist ein streng einseitig verpflichtender, dem freien Ermessen des Magistrats und des iudex entzogener Vertrag (contractus stricti iuris, S. 390), aus dem lediglich eine genau abgegrenzte Verpflichtung des Darlehnsempfängers entsteht, nämlich die auf Rückgabe des Empfangenen. Diese Verpflichtung wird vom Darleiher mit einer condictio geltend gemacht, welche bei Gelddarlehen als condictio certi (in C. 7, 35, 5 „actio mutui" genannt), bei Darlehen in anderen vertretbaren Sachen als condictio triticaria bezeichnet wird (von triticum, Getreide, dem Hauptgegenstande der Darlehnsverträge, abgesehen von Geld). Wegen der strikten Natur der condictio certi[10]) kann mit dieser nur die Rückgabe der hingegebenen Summe selbst erreicht werden. Soll daher das Darlehen verzinslich sein, so muß diese Verpflichtung in eine besondere Stipulation gekleidet werden, um klagbar zu sein. Ebensowenig kann die condictio certi auf Verzugszinsen gehen (S. 390).

---

[9]) Die Vorschriften des SC. Macedonianum sind in das Gemeine Recht übergegangen, nicht aber in das BGB.; dieses kennt keine volljährigen Hauskinder mehr, da nach BGB. § 1626 die elterliche Gewalt mit der Volljährigkeit aufhört (S. 288[14]).

[10]) Bei der condictio triticaria (S. 390[14]) hatte der iudex wegen der erforderlichen Schätzung in Geld allerdings die Möglichkeit einer gewissen Berücksichtigung des Interesses. Beim Gelddarlehen (condictio certi) war in klassischer Zeit der auf Rückzahlung Belangte, der es bis zum Urteile kommen ließ, an Stelle der ihm nicht zuzusprechenden Verzugszinsen, zu einer Strafe in Höhe von $^1/_9$ der Klagesumme zu verurteilen (G. 4, 171).

2. Leugnet der auf Rückgabe Verklagte den Empfang des Darlehens, so hat der Kläger die Hingabe (als rechtsbegründende Tatsache) zu beweisen. Gibt der Beklagte dagegen den Empfang zu, behauptet aber die Rückzahlung, so hat er diese (als rechtsvernichtende Tatsache) zu erweisen (S. 395). Zum Beweis der Darlehnshingabe läßt sich der Darleiher vom Empfänger eine cautio (Darlehnsschuldschein), zum Beweise der Darlehnsrückgabe der Empfänger vom Darleiher eine apocha (Quittung) ausstellen. Über die herausgeschobene Beweiskraft dieser Urkunden im rR. und die Beseitigung dieser Beschränkungen durch EGCPO. § 17 vgl. oben S. 481[10].

3. Die Rückforderung und Rückgabe des Darlehens kann mangels einer ausdrücklichen oder stillschweigenden[11]) Abrede jederzeit erfolgen (quod sine die debetur, statim debetur).[12])

d. Das Seedarlehen.

Foenus nauticum, pecunia traiecticia[13]) ist ein dem griechischen Recht entstammendes, im Seeverkehr übliches Darlehnsgeschäft mit folgenden Eigentümlichkeiten:

1. Das Darlehen wird gegeben auf eine bestimmte Seereise eines Fahrzeugs, entweder zwecks Anschaffung von Waren zur Ein- oder Ausfuhr oder zwecks einer Reparatur des Schiffs, in allen Fällen aber mit der Bestimmung, daß die Rückzahlung des Darlehns nur bei glücklicher Ankunft des Schiffs im Bestimmungshafen erfolgen solle (D. 22, 2, 1).

---

[11]) Vgl. zB. D. 2, 14, 57, pr.: Qui in futurum usuras a debitore acceperat, tacite pactus videtur, ne intra id tempus sortem petat.

[12]) Dagegen besteht nach BGB. § 609 eine gesetzliche Kündigungsfrist von 3 Monaten bei mehr als 300 Mk. und von einem Monat bei Darlehen von geringerem Betrage. Nur zinslose Darlehen können vom Schuldner jederzeit zurückerstattet werden.

[13]) So genannt, weil ursprünglich das Seedarlehen für den Import bestimmt war, wobei das geliehene Geld nach dem Hafen versendet wurde, in dem die zur Einfuhr bestimmten Waren verladen werden sollten. D. 22, 2, C. 4, 33: De nautico faenore.

2. Da hiernach der Darlehnsgeber die Gefahr der Seereise trägt, so ist das Seedarlehen von den gesetzlichen Zinsbeschränkungen (S. 443) ursprünglich gänzlich befreit. Justinian bestimmte das erlaubte Zinsenhöchstmaß auf 12 % (C. 4, 32, 26, 2).[14])

Sechster Titel. Dienstvertrag (BGB. §§ 611—630).

§ 96. Locatio conductio operarum.

a. Begriff und Abschluß.

1. Locatio conductio operarum, nach rR. eine Unterart der locatio conductio, welche alle Verträge auf Umsatz von Gebrauchsgewährung gegen Vergütung umfaßte (S. 573), ist Umsatz von eigenen oder fremden[1]) Diensten

---

[14]) Aus dem Seedarlehen hat sich die moderne Bodmerei (HGB. §§ 679 ff.) entwickelt, die sich jedoch vom foenus nauticum darin unterscheidet, daß:

a. der Gläubiger bei der Bodmerei ein Pfandrecht an Schiff, Fracht oder Ladung erhält, während das foenus nauticum nur eine persönliche Verpflichtung des Empfängers begründete, aber andererseits

b. der Bodmereigläubiger auf die Befriedigung aus den verbodmeten Gegenständen angewiesen ist, während beim foenus nauticum der Darlehnsnehmer nach glücklicher Ankunft des Schiffs am Bestimmungshafen auf Rückzahlung des Darlehns auch persönlich verhaftet war.

[1]) Die Vermietung der Dienste eines Sklaven wird von den Römern als Miete des Sklaven selbst (l. c. rei) aufgefaßt, die Vermietung der Dienste eines Freigelassenen dagegen als l. c. operarum (D. 38, 1, 35).

Die Dienstmiete hatte in Rom eine verschwindende Bedeutung, da die Verdingung zum Dienst eines Anderen als eines freien Mannes unwürdig angesehen wurde. Zur Verrichtung von Diensten (operae illiberales) wurden regelmäßig nur Sklaven oder Freigelassene (operae fabriles, S. 210) verwendet. Die Quellen behandeln die l. c. operarum daher sehr dürftig. Heute ist diese Anschauung völlig aufgegeben. Neben Kaufvertrag und Miete ist der Dienstvertrag das wichtigste Verkehrsgeschäft, das in den verschiedensten Gestalten vorkommt, von denen mehrere besonders gesetzlich geordnet sind, so die Dienstverträge des Handelsrechts im HGB. (Handlungsgehülfen, Handlungslehrlinge, HGB. §§ 59 ff., 76 ff.; Handlungsagenten, HGB.

gegen Geld[2]). Der ihr entsprechende Dienstvertrag des BGB. ist dagegen eine selbständig geordnete von Sachmiete (oben S. 573) und Werkvertrag begrifflich geschiedene Vertragsart.

2. Gegenstand einer locatio conductio operarum waren nach rR. nur sog. operae illiberales (daher „locari solitae"), d. h. Dienste niederer Art. Nur bei ihnen konnte daher der Dienstverpflichtete (locator operarum) die Vergütung mit der actio locati einklagen. Dagegen galt ein Vertrag auf Leistungen von operae liberales (so auf die Erteilung von Unterricht, besonders von Rechtsunterricht, auf Leistung der Dienste eines Arztes, einer Hebeamme, eines Advokaten, eines Mäklers und Feldmessers) nicht als locatio conductio, d. h. nicht als Konsensualkontrakt, sondern als nudum pactum (S. 490), und der Dienstverpflichtete konnte daher die versprochene Vergütung nicht einklagen, wenn sie ihm nicht in Stipulationsform versprochen war. Erst im Wege der extraordinaria cognitio (S. 168) wurde die Vergütung (als honorarium oder salarium, „Ehrensold", nicht als merces, wie bei der locatio conductio operarum) klagbar (D. 50, 13), und es wurden ferner die Verträge über Umsatz gewisser Dienste gegen Geld als Innominatkontrakte (S. 488) behandelt (D. 19, 5, 22), d. h. es wurde nach Leistung der Dienste eine actio praescriptis verbis gewährt, so insbesondere auf den Mäklerlohn (proxeneticum, D. 50, 14, unten § 98) und auf die für Em-

---

§§ 84 ff.; Schiffsverkehr, HGB. §§ 511 ff.); des Gewerberechts in der Reichsgewerbeordnung, neueste Fassung vom 20. Juli 1900; des Gesindedienstvertrags in den landesrechtlichen (EG. Art. 95) Gesindeordnungen (zB. Pr. Gesindeordn. für die älteren Provinzen vom 8. November 1810); der Staatsdienstvertrag durch reichs- und landesrechtliche Vorschriften meist öffentlichrechtlicher Natur, vor allem das Reichsbeamtengesetz vom 31. März 1873.

[2]) Besteht die Gegenleistung des conductor nicht in der Verpflichtung zur Zahlung einer Geldsumme, so liegt nicht eine l. c. operarum, sondern ein Innominatkontrakt (facio ut des oder ut facias) vor. Verpflichtet sich jemand zu einer unentgeltlichen Dienstleistung, so ist dies kein Dienstvertrag, sondern Schenkung und wenn die Dienstleistung in einer Geschäftsbesorgung besteht, Auftrag (unten § 100).

pfehlung eines Bittgesuchs versprochene Leistung (sog. contractus suffragii).[8])

3. Die locatio conductio operarum bedarf als Konsensualkontrakt (S. 489) keiner Abschlußform.

b. Inhalt des Dienstvertrags.

1. Beide Vertragsteile haften einander, da es sich um einen entgeltlichen Vertrag handelt (S. 460), für dolus und culpa. Als schuldhaftes Handeln des locator (Dienstübernehmers) gilt es schon, wenn er Leistungen übernimmt, zu deren sachgemäßer Ausführung ihm die Kenntnisse und Fähigkeiten abgehen (D. 19, 2, 9, 5: Celsus etiam imperitiam culpae adnumerandam scripsit; vgl. D. 9, 2, 27, 29).

2. Der locator (Dienstpflichtige) muß die übernommenen Dienste grundsätzlich persönlich leisten (ebenso BGB. § 613); der conductor (Dienstberechtigte) braucht sie also nicht von einem Vertreter anzunehmen, wenn diese Weigerung nach der Art der Dienstleistungen nicht der bona fides widersprechen würde (zB. bei einem Vertrage auf Holzhacken).

---

[8]) Nicht klagbar waren die Honorare der Professoren der Philosophie (D. 50, 13, 1, 4: quia hoc primum profiteri eos oportet mercennariam operam spernere) und der Rechtswissenschaft (D. 50, 13, 1, 5: est quidem res sanctissima civilis sapientia, sed quae pretio nummario non sit aestimanda nec dehonestanda, dum in iudicio honor petitur, qui in ingressu sacramenti offerri debuit. quaedam enim tametsi honeste accipiantur, inhoneste tamen petuntur). Besonderes galt hinsichtlich der Dienste der Feldmesser. Der agrimensor wurde ursprünglich überhaupt nicht als in einem Vertragsverhältnisse stehend betrachtet, daher sollte er nach nur wegen dolus und, weil lata culpa plane dolo comparabitur (D. 11, 6, 1, 1), auch wegen lata culpa verantwortlich gemacht werden können (mit einer actio adversus eum qui falsum modum dixerit, D. 11, 6). Merkwürdigerweise wurden künstlerische Arbeiten als operae illiberales behandelt (vgl. zB. D. 19, 5, 5, 2, D. 50, 13, 1, 7), die Dienste der Ammen als operae liberales (D. 50, 13, 1, 14).

Gemeinrechtlich war die volle Klagbarkeit der Dienstverträge auf operae liberales unstreitig. Dies gilt auch für BGB. (§ 611 Abs. 2); immerhin gibt auch noch das BGB. für die höheren Dienste gewisse Sondervorschriften (vgl. §§ 622, 627).

Dagegen ist die Zuziehung von Gehülfen grundsätzlich zulässig. Hinsichtlich der Haftung für Vertreter und Gehülfen ist zu unterscheiden:

α. Widerspricht ihre Zuziehung dem Vertrage, so haftet der locator für deren Handlungen, gleichgültig ob diese Personen selbst ein Verschulden trifft oder nicht, ohne weiteres, da er dann schon durch die Zuziehung schuldhaft handelt.

β. Ist dagegen die Zuziehung an sich zulässig, so haftet er für ihre schuldhaften Handlungen zwar auch ohne weiteres (BGB. § 278), für andere den conductor schädigende Handlungen nur dann, wenn ihn eine culpa in eligendo oder in custodiendo trifft, d. h. wenn er bei ihrer Auswahl oder Beaufsichtigung schuldhaft handelt.

3. Wie bei der l. c. rei so gilt auch bei der l. c. operarum der Satz: „periculum est locatoris“ (S. 498[2]), d. h. der locator erhält grundsätzlich die bedungene Vergütung nur für die Dienste, die er leistet. Wird ihm die Leistung durch einen Zufall unmöglich, so erhält er auch keine Vergütung; anders natürlich, wenn die Unmöglichkeit auf einem vom conductor zu vertretenden Umstande (zB. seinem Verzuge bei Annahme der Dienste, BGB. § 615) beruht: dann muß der conductor den Lohn zahlen und kann hierauf nur in Abrechnung bringen, was der locator infolge der Nichtleistung der Dienste erspart oder anderweit verdient oder böswillig zu verdienen unterlassen hat (BGB. § 324).[4])

4. Der Arbeitgeber macht seine Ansprüche mit der actio conducti, der Arbeitnehmer die seinen mit der actio locati geltend.

---

[4]) Vgl. D. 19, 2, 38, pr.: Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quo minus operas praestet; vgl. D. 19, 2, 19, 9.

Siebenter Titel. Werkvertrag (BGB. §§ 631—651).

§ 97. Locatio conductio operis.

a. Begriff und Abschluß.

1. Locatio conductio operis (S. 573, im BGB. Werkvertrag genannt) ist der Vertrag, durch welchen sich ein Unternehmer (conductor oder redemptor operis) einem Anderen (locator operis)[1]) gegenüber zur Herstellung eines Werkes gegen Bezahlung in Geld[2]) verpflichtet.

2. Nach dieser Begriffsbestimmung unterscheidet sich der Werkvertrag vom Dienstvertrag dadurch, daß bei diesem das Leisten von Diensten, beim Werkvertrag die Erzielung eines Erfolges Vertragsgegenstand ist[3]). Was seine Unter-

---

[1]) Der die Arbeiten Ausführende ist also bei der l. c. operarum der locator (er verdingt seine Arbeitskraft), bei der l. c. operis der conductor (er dingt die Herstellung des Werks); der die Arbeiten Vergebende ist bei der l. c. operarum der conductor (er dingt den Arbeiter), bei der l. c. operis der locator (er verdingt die Herstellung des Werks). Der Arbeiter hat also bei der l. c. operarum die actio locati, bei der l. c. operis die actio conducti; der Arbeitgeber hat bei der l. c. operarum die actio conducti, bei der l. c. operis die actio locati; vgl. oben S. 572[3].

[2]) Besteht die Vergütung in einer anderen Sache oder in einer Dienstleistung, so liegt nach rR. ein Innominatkontrakt, keine l. c. vor. Nach BGB. § 631 braucht die Vergütung nicht in Geld bestehen. Ist keine Vergütung zu leisten, so ist das Geschäft nicht als Werkvertrag, sondern als Schenkung und wenn es sich um eine Geschäftsbesorgung handelt, als Auftrag zu behandeln.

[3]) Nehme ich also einen Maurer an, der mir eine Gartenmauer errichten soll, so liegt Dienstvertrag vor, wenn er unter meiner Aufsicht gegen einen Stundenlohn daran arbeiten soll, Werkvertrag, wenn er die Herstellung der Mauer nach der genehmigten Bauzeichnung für einen Gesamtpreis übernimmt. Ebenso liegt Dienstvertrag vor, wenn Frau A in ihrer Wohnung von der Schneiderin B gegen Tagelohn ein Kleid herstellen läßt, Werkvertrag, wenn der B die Herstellung des Kleides in der eigenen Wohnung für einen Gesamtpreis übertragen ist. Hierbei liegt das Unterscheidungsmerkmal jedoch nicht in der Art der Bezahlung; denn zahlreiche Dienstverträge werden derart abgeschlossen, daß der Arbeiter nicht nach der Zeit, sondern nach dem Stück bezahlt wird (sog. Akkordarbeit) und umgekehrt kann beim Werkvertrag die Ver-

ſcheidung vom Kauf angeht, ſo ſehen die Quellen ausſchließlich darauf, ob der Unternehmer auch das Material zu liefern, alſo ein Werk aus eigenem Material herzuſtellen hat, dann behandeln ſie das Geſchäft als Kauf (emptio rei speratae, S. 547); oder ob der Beſteller das Material hergibt, dann nehmen ſie l. c. operis an[4]).

---

gütung ſowohl in einem Geſamtpreiſe (opus, quod aversione locatum est, D. 19, 2, 36) beſtehen, als auch nach Maß, Gewicht oder Zeit beſtimmt ſein (vgl. S. 600[6]). Vielmehr iſt maßgebend, ob der Arbeiter nur — nach Anweiſung des Arbeitgebers — Dienſte zu leiſten hat, alſo auch nur dafür einſteht, daß dieſe vertragsmäßig geleiſtet werden, nicht aber dafür, daß ſie den vom Arbeitgeber erwarteten Erfolg haben; oder ob er nur durch fertige Herſtellung des vertragsmäßigen Werkes ſeiner Leiſtungspflicht genügt und nur dadurch den Anſpruch auf die Vergütung erwirbt. Es iſt alſo nicht darauf zu ſehen, was der Beſteller (locator), ſondern auf das, was der Unternehmer (conductor) zu leiſten hat. Vgl. D. 19, 2, 51, 1: Locavi opus faciendum ita, ut pro opere redemptori certam mercedem in dies singulos darem: opus vitiosum factum est: an ex locato agere possim? respondit: si ita opus locasti, ut bonitas eius tibi a conductore adprobaretur, tametsi convenit, ut in singulas operas certa pecunia daretur, praestari tamen tibi a conductore debet, si id opus vitiosum factum est: non enim quicquam interest, utrum uno pretio opus an in singulas operas collocatur, si modo universitas consummationis ad conductorem pertinuit. poterit itaque ex locato cum eo agi, qui vitiosum opus fecerit. nisi si ideo in operas singulas merces constituta erit, ut arbitrio domini opus efficeretur: tum enim nihil conductor praestare domino de bonitate operis videtur.

Während die locatio conductio operarum in Rom ſelten war (S. 593[1]) und daher in den Quellen nur ſehr wenig behandelt wird, war die locatio conductio operis ein ſehr gewöhnliches Geſchäft. Behandelt ſind in den Quellen zB.: Hingabe von Rohmaterial zur Herſtellung von Gegenſtänden (D. 19, 2, 2, 1), Übernahme eines Transports (onus vehendum, D. 19, 2, 13, 1, columna transportanda, D. 19, 2, 25, 7) oder einer Arbeitsleiſtung (gemna includenda aut insculpenda, insula — Mietskaſerne, S. 575[7] — aedificanda, vestimenta polienda, l. 13 §§ 5, 6, l. 22 § 2, D. 19, 2).

[4]) So entſchied Juſtinian in I. 3, 24, 4 und D. 19, 2, 2, 1 eine bisherige Streitfrage; vgl. I. 3, 24, 4: „Item quaeritur, si cum aurifice Titio convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos ei faceret et acciperet verbi gratia aureos decem, utrum emptio et venditio an locatio et conduc-

3. Die l. c. operis bedarf als Konsensualvertrag zur Klagbarkeit keiner Abschlußform.

b. Inhalt des Werkvertrags.

1. Der Unternehmer (conductor) ist verpflichtet: das Werk in der bedungenen oder vorausgesetzten Beschaffenheit rechtzeitig herzustellen (vgl. BGB. § 633 Abs. 1, 636). Abweichend vom Dienstvertrag ist er zu persönlicher Arbeit grundsätzlich (wohl aber zB. bei Übertragung eines Portraits) nicht verpflichtet (D. 19, 2, 48, pr.). Er haftet jedoch ohne weiteres für Vertreter und Gehülfen (oben S. 461[9]). Bei mangelhafter Lieferung hat der Besteller (anders beim Kauf, S. 556) ein Recht auf Nachbesserung

---

tio contrahi videatur? Cassius ait materiae quidem emptionem venditionemque contrahi, operae autem locationem et conductionem. sed placuit tantum emptionem et venditionem contrahi. quodsi suum aurum Titius dederit mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit." Lieferte der Unternehmer jedoch nicht den Hauptteil, so wurde dadurch die Auffassung des Vertrags als Werkvertrag nicht beeinträchtigt; so wurde insbesondere die Herstellung eines Bauwerks auf einem Grund und Boden, der entweder dem Besteller gehört oder doch von ihm besorgt wird, stets als Werkverdingung angesehen; vgl. D. 18, 1, 20: Sabinus respondit, si quam rem nobis fieri velimus etiam, veluti statuam vel vas aliquod seu vestem, ut nihil aliud quam pecuniam daremus, emptionem videri, nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non detur ab eo cui id fieret: aliter atque si aream darem, ubi insulam aedificares, quoniam tunc a me substantia proficiscitur.

Auch nach BGB. § 651 gilt der Werklieferungsvertrag, d. h. ein Vertrag, bei dem sich der Unternehmer verpflichtet, ein Werk aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen, als Kauf, es sei denn, daß der Unternehmer:

a. bloß Zutaten und sonstige Nebensachen zu beschaffen hat (zB. Futter und Knöpfe zu dem vom Besteller gelieferten Stoff, aus dem der Unternehmer einen Anzug herstellen soll), dann gilt der Vertrag völlig als Werkvertrag;

b. eine nicht vertretbare Sache herzustellen hat (zB. einen Anzug aus von ihm zu liefernden Stoffe); dann kommen in den meisten Beziehungen, besonders hinsichtlich des Gefahrübergangs, der Gewährleistung wegen Mängel und der Verjährung die Vorschriften über den Werkvertrag zur Anwendung; vgl. HGB. § 381 Abs. 2.

(vgl. BGB. § 633 Abs. 2); erfolgt diese nicht in angemessener Frist, so kann der Besteller vom Vertrage zurücktreten oder Preisminderung verlangen (vgl. BGB. §§ 634, 636), bei einem Verschulden des Übernehmers darüber hinaus auch Schadensersatz beanspruchen (vgl. BGB. § 635).

2. Der Besteller (locator) ist verpflichtet:

α. das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen[5]);

β. den bedungenen Preis zu zahlen, und zwar regelmäßig nach Vollendung und Abnahme des ganzen Werks (vgl. jedoch D. 19, 2, 36, unten Anm. 6 und BGB. § 641).

3. Hinsichtlich des Übergangs der Gefahr gilt der alle gegenseitigen Verträge (mit Ausnahme des Kaufs nach rR., S. 497[2]) beherrschende Grundsatz, daß der Unternehmer nur das bezahlt bekommt, was er vertragsmäßig abliefert. Bis zur Abnahme (der die schuldhafte Nichtabnahme gleichsteht, D. 19, 2, 36, unten Anm. 6) trägt also der Unternehmer die Gefahr (betreffs seiner Leistung, nicht etwa des ihm vom Besteller übergebenen Materials; infolge der Umkehrung der Bezeichnungen, S. 597[1], gilt hier also der Grundsatz: periculum est conductoris). Dies gilt jedoch nicht ausnahmslos. Vielmehr erhält der Unternehmer die Vergütung ganz oder teilweise, wenn das Werk untergeht:

α. infolge der Fehlerhaftigkeit des vom Besteller gelieferten Materials, D. 19, 2, 62, vgl. aber D. 19, 2, 60, 3; ähnlich BGB. § 645;

β. ohne Schuld des Unternehmers, sofern es bereits fertig und abnahmefähig ist[6]).

---

[5]) Vgl. D. 19, 2, 24, pr.

[6]) Vgl. D. 19, 2, 37: Si, priusquam locatori opus probaretur, vi aliqua consumptum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet. Ferner D. 19, 2, 36: Opus quod aversione locatum est donec adprobetur, conductoris periculum est: quod vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit: et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quo minus opus adprobetur vel admediatur. si tamen vi maiore opus prius interciderit, quam adprobaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud

c. Besondere Fälle des Werkvertrags.

1. Bei einem Werkvertrag mit Kostenanschlag kann der Besteller unter teilweiser Vergütung für das Geleistete vom Werkvertrag zurücktreten, wenn der Kostenanschlag erheblich überschritten werden würde (D. 19, 2, 60, 4; vgl. BGB. § 650).

2. Locatio conductio operis irregularis liegt vor, wenn nach dem Vertrage das herzustellende Werk nicht aus dem vom Besteller gelieferten, sondern aus anderem gleichartigen Material hergestellt werden kann. Dann wird der Unternehmer Eigentümer des ihm übergebenen Stoffes und trägt natürlich auch dessen Gefahr[7]).

---

actum sit: non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset.

Nach BGB. § 644 trägt der Unternehmer die Gefahr des Werkes — nicht aber des vom Besteller gelieferten Stoffes — bis zur Abnahme oder dem Annahmeverzug des Bestellers. Nicht übernommen ist der — auch schon für das Gem. R. bestrittene — Übergang der Gefahr mit der bloßen Herstellung eines abnahmefähigen Werkes (oben β).

[7]) Ebenso, wenn dem Frachtführer beim Transport gleichartiger, vertretbarer Sachen die Vermengung gestattet ist. Vgl. die berühmte l. 31 D. 19, 2 (Alfenus): In navem Saufeii cum complures frumentum confuderant, Saufeius uni ex his frumentum reddiderat de communi et navis perierat: quaesitum est, an ceteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possunt oneris aversi actione. respondit rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur (sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur) aut eiusdem generis redderetur (veluti cum argentum pusulatum — geschmolzenes reines Silber — fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut anuli): ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. idem iuris esse in deposito: nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clusam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere apud quem deposita esset nisi tantundem pecuniae solveret. secundum quae videri triticum factum Saufeii et recte datum. quod si separatim tabulis aut heronibus (Körben) aut in alia cupa (Tonne) clusum uniuscuiusque triticum fuisset, ita ut internosci posset, quid cuiusque esset, non potuisse nos permutationem facere, sed tum posse eum cuius fuisset triticum quod nauta solvisset vindicare.

3. **Trödelvertrag** nennt man einen Vertrag, nach welchem der zur Verfügung über eine Sache Berechtigte diese einem Anderen (dem Trödler) unter einer Taxe, aestimatio, zum Verkauf übergibt, mit der Vereinbarung, daß der Trödler entweder die Sache zurückgeben oder die Taxe zahlen soll.

Da der Trödelvertrag Begriffsmerkmale verschiedener Vertragstypen aufweist, wurde er vom rR. als eigen gearteter Vertrag (contractus aestimatorius) behandelt, der Klasse der Innominatkontrakte unterstellt (sodaß er also erst mit der Hingabe der Sache bindend wurde, S. 487) und mit einer besonderen actio praescriptis verbis nach der Formel „do ut reddas aut rem aut aestimationem" ausgerüstet (actio de aestimato, D. 19, 3).[8])

4. Als **Werkvertrag** gilt auch das **Beförderungsgeschäft**, die Übernahme einer Beförderung von Personen oder Sachen auf dem Lande (HGB. §§ 425 ff.) oder zur See (HGB. §§ 556 ff.). Für das **Seefrachtgeschäft** entnahmen die Römer dem rhodischen Seerecht die sog. lex Rhodia de iactu (D. 14, 2). Danach haben Rheder und Ladungsinteressenten eine von dem Schiffer zur Rettung aus Seenot dem Schiff oder der Ladung (zB. durch Aus-

---

[8]) D. 19, 3, 1, pr.: Actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia: fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati. melius itaque visum est hanc actionem proponi; quotiens enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem. Streitig ist, mit welchem Augenblicke die Gefahr auf den Trödler übergeht. Nach D. 19, 3, 1, 1 geht die Gefahr sogleich mit der Übergabe über (Aestimatio autem periculum facit eius qui suscepit: aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit), während dies nach D. 19, 5, 17, 1 nur eintreten soll, falls der Trödler den Verkauf in seinem Interesse und aus eigenem Antriebe übernommen hatte. Das BGB. kennt den Trödelvertrag als besonderen Vertragstypus nicht.

werfen der Ladung, daher der Name, oder durch Kappen der Maste) vorsätzlich zugefügte Beschädigung gemeinsam zu tragen[9]).

Achter Titel. Mäklervertrag (BGB. §§ 652—656).

§ 98. Mäklervertrag.

Mäkler (proxeneta) ist, wer gegen Entgelt (Mäklerlohn, proxeneticum) die Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrags nachweist oder einen Vertrag vermittelt (nicht abschließt, wie der Vertreter, S. 335). Der Mäklervertrag ist ein nudum pactum, also an sich nicht klagbar; in der Kaiserzeit wurde jedoch der Mäklerlohn im Wege der extraordinaria cognitio klagbar (D. 50, 14: De proxeneticis).[1])

Neunter Titel. Auslobung (BGB. §§ 657—661).

§ 99. Auslobung.

Auslobung ist die durch öffentliche Bekanntmachung erfolgte Aussetzung einer Belohnung für die Vornahme einer Handlung, insbesondere für die Herbeiführung eines Erfolgs

---

[9]) D. 14, 2, 1: Lege Rhodia cavetur, ut, si levandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est; heute große oder gemeinschaftliche Haverei genannt, im Gegensatz zu der kleinen Haverei (d. h. den den Frachtunternehmer treffenden Schiffahrtskosten) und der besonderen (partikulären) Haverei, d. h. dem dem Schiff oder der Ladung eines einzelnen Interessenten zufällig zustoßenden, von dem Betroffenen allein zu tragenden Schaden. Über die Verteilung des Schadens in Rom vgl. D. 14, 2, 2, pr. Heute wird bei der großen Haverei der durch „Verklarung" festgestellte Schaden im Wege der „Dispache" auf die Beteiligten verteilt; vgl. HGB. §§ 700 ff.

[1]) Nach BGB. ist der Mäklervertrag ein besonderer Vertragstypus, der dem Werkvertrag am nächsten steht. Unklagbar ist der Ehemäklerlohn (§ 656); besondere Vorschriften gelten für die Handelsmäkler (HGB. §§ 93 ff.).

(Ermittelung eines Verbrechens, Eroberung der ersten Kanone im Krieg, Entdeckung eines Heilmittels, Lösung einer Preisaufgabe).

Dem rR. war die Auslobung zwar bekannt[1]). Da das rR. jedoch dem einseitigen Versprechen — von pollicitatio und votum abgesehen, S. 319 — keine verbindliche Kraft beilegte, so wurde durch die Auslobung eine klagbare Verpflichtung nicht begründet[2]).

Zehnter Titel. Auftrag (BGB. §§ 662—676).

§ 100. Mandatum.

a. Begriff.

Auftrag (mandatum)[1]) ist die Übertragung und Übernahme der unentgeltlichen Besorgung eines Geschäfts. Aus dieser Begriffsbestimmung ergibt sich:

1. Der Auftrag ist ein contractus bilateralis inaequalis (S. 269), also ein zweiseitiger, aber kein gegenseitiger Vertrag. Denn begrifflich ist nur der eine Teil (der Beauftragte, Mandatar, in den Quellen procurator, nicht mandatarius) notwendig zu einer Leistung verpflichtet, nämlich zur Ausführung des übernommenen Auftrags, während der andere Teil (Auftraggeber, Mandant, in den Quellen

---

[1]) Ein in Pompeji gefundenes Sklavenhalsband trägt zB. die Inschrift: Fugi. tene me, quum revocaveris me domino meo Zosino, accipis solidum.

[2]) Erst das Gem. Recht erkannte unter dem Einflusse deutschrechtlicher Anschauungen (D. § 68 e) die bindende Kraft des öffentlichen Versprechens an, wobei es streitig war, ob diese auf einer Offerte in incertam personam (sog. Vertragstheorie) oder auf der Verpflichtungskraft des einseitigen Versprechens beruht (sog. Pollizitationstheorie). Der letzteren Anschauung schließt sich das BGB. an; daher ist der Auslobende dem erfolgreich Handelnden zur Entrichtung des Versprochenen verpflichtet, auch wenn er ohne Kenntnis der Auslobung gehandelt hat, von einer Annahme der Offerte also keine Rede sein kann (§ 657).

[1]) I. 3, 26: De mandato; D. 17, 1, C. 4, 35: Mandati vel contra.

mandans, mandator) zu einer Gegenleistung (Erstattung von Auslagen usw., S. 607) zwar verpflichtet sein *kann*, ohne daß dies jedoch zum *Begriffe* des Mandats gehört.

2. Durch den Auftrag erhält der Beauftragte die Befugnis, für den Auftraggeber ein Geschäft zu besorgen, sei es tatsächlicher Art (Abholung einer Sache, Fütterung eines Tiers, Schreiben eines Briefs, vgl. I. 3, 26, 13: si fulloni polienda curandave vestimenta dederis aut sarcinatori sarcienda nulla mercede constituta neque promissa) oder rechtlicher Natur (Einkauf, Verkauf, Prozeßführung).[2]) Diese Befugnis besteht aber begrifflich nur dem Auftraggeber gegenüber, d. h. dieser muß das auftragsgemäß ausgeführte Geschäft als für seine Rechnung ausgeführt gelten lassen. Eine ganz andere Frage ist, ob der mit einer Rechtsbesorgung Beauftragte befugt ist, namens des Auftraggebers einem *Dritten* gegenüber zu handeln, m. a. W. ob in dem Auftrag eine *Vollmacht* liegt. Begrifflich sind, wie S. 343[7] dargelegt, Auftrag und Vollmacht streng von einander zu sondern. Der Auftrag zu einer Rechtsbesorgung *kann* eine Vollmacht enthalten, aber dies ist durchaus nicht immer der Fall, zB. wenn der mit einem Einkauf Beauftragte im eigenen Namen handeln soll (Einkaufskommissionär). Andererseits beruht nicht jede Vertretungsbefugnis auf einem Auftrag, sondern zB. auf Gesetz (Vater, Vormund) oder auf einem Dienstvertrag (Handlungsbevollmächtigte). Auch das die Abtretung ermöglichende (S. 527) mandatum ad agendum gewährt eine Vollmacht, beruht aber nicht auf einem Auftrage.

3. Zum Begriffe des Auftrags gehört die *Unentgeltlichkeit*; die Übernahme einer Geschäftsbesorgung gegen Entgelt fällt unter den Begriff des Dienst- oder Werkvertrags[3]).

---

[2]) Nur muß das Geschäft erlaubt sein; I. 3, 26, 7.

[3]) Ebenso bestimmte D. 17, 1, 1, 4: Mandatum nisi gratu tum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces; interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit.

Später trat jedoch eine Abschwächung ein. Stellte sich ein verabredetes Entgelt nicht als Bezahlung (merces), sondern als Ehrensold

4. Ein Auftrag liegt nur vor, wenn der Beauftragte im Interesse des Auftraggebers handeln soll. Wird dagegen die Besorgung eines Geschäfts im ausschließlichen Interesse dessen, der es besorgen soll, übertragen, so liegt kein Auftrag sondern Rat oder Empfehlung vor, wofür besondere Grundsätze gelten.

Die Römer unterscheiden[4]) das mandatum mea gratia (im Interesse des Auftraggebers), tua gratia (im Interesse des Beauftragten) und aliena gratia (im Interesse eines Dritten). Eine klagbare Verpflichtung entsteht in den Fällen des mandatum tua gratia (des Rats und der Empfehlung) nur dann, wenn der Mandant entweder vertragsmäßig die Garantie für die Folgen der Beachtung des Rats übernommen hat (so ist D. 17, 1, 6, 5: „si non esses facturus, nisi ego mandassem" aufzufassen), also zB. bei Empfehlung eines Darlehnssuchers das „Delkredere"; d. h. das Einstehen für dessen Bonität, oder wenn der Ratgeber absichtlich einen schädlichen Rat erteilt hatte (D. 50, 17, 47, pr.: Consilii non fraudulenti nulla obligatio est: ceterum si dolus et calliditas intercessit, de dolo actio competit).[5])

b. Inhalt des Auftrags.

1. Das Mandat wird als Konsensualvertrag nudo consensu geschlossen und klagbar. Es ist, wie S. 604 bemerkt, ein contractus bilateralis inaequalis.

(honorarium) dar, dann wurde dadurch der Charakter des Geschäfts als Mandat nicht berührt. Das Honorar war aber nicht durch eine civilrechtliche Klage, sondern nur im Wege der extraordinaria cognitio einklagbar (D. 17, 1, 7, C. 4, 35, 1). Unter den Begriff des Mandats wurden dann auch die Dienstverträge über operae liberales gestellt (S. 594), weil bei diesen ebenfalls das Entgelt nicht als merces, sondern als honorarium aufgefaßt wurde.

Nach Gem. Recht ist die Unentgeltlichkeit kein Begriffsmerkmal des Mandats mehr; wohl aber nach BGB., das jedoch einen Dienst- oder Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, im wesentlichen nach den für den Auftrag gegebenen Vorschriften behandelt (§ 675).

[4]) Vgl. D. 17, 1, 2.

[5]) Ähnlich BGB. § 676.

α. Begrifflich ist danach nur der Beauftragte verpflichtet, nämlich zur Ausführung des Auftrags in der vom Auftraggeber vorgeschriebenen Weise[6]) und zwar grundsätzlich persönlich (ebenso BGB. § 664). Hierzu gehört auch die Ablegung der Rechenschaft über die Ausführung des Auftrags und die Ablieferung der dem Auftraggeber gebührenden Gegenstände[7]). Der Mandatar haftet, obgleich er kein Entgelt erhält, für omnis culpa (S. 461).

Die Verpflichtungen des Mandatars macht der Auftraggeber mit der actio mandati directa geltend, welche ein bonae fidei iudicium ist (I. 4, 6, 28, D. 44, 7, 2, 3). Der hierauf verurteilte Mandatar verfällt der Infamie (S. 226).

β. Möglicherweise kann auch der Auftraggeber dem Beauftragten (mit der actio mandati contraria) zu Leistungen verpflichtet sein, nämlich zum Ersatz der notwendigen Auslagen (impensa bona fide facta, D. 17, 1, 27, 4, ebenso BGB. § 670), sowie des Schadens, den der Beauftragte infolge Verschuldens (omnis culpa) des Auftraggebers bei Ausführung des Auftrags erleidet, nicht aber auch des zufälligen Schadens (D. 17, 1, 26, 6 und 7).

2. Das Mandat beruht auf dem persönlichen Vertrauen des Mandanten zum Mandatar und bildet bei dem Fehlen eines Entgelts eine Gefälligkeit des Mandatars für den Mandanten. Daher ist es nach rR. an die Person gebunden

---

[6]) D. 17, 1, 5: Diligenter igitur fines mandati custodiendi sunt: nam qui excessit, aliud quid facere videtur et, si susceptum non impleverit, tenetur. Vgl. die ähnlichen Vorschriften des HGB. §§ 385, 386 für den Kommissionär und BGB. § 665.

Der Beauftragte muß den Auftrag ferner in der Regel persönlich ausführen und haftet, falls er einen Vertreter oder Gehülfen in unerlaubter Weise zuzieht, für deren Verschulden ohne weiteres (D. 11, 6, 2, 1, C. 4, 35, 21). Ist die Zuziehung nach dem Inhalt des Vertrags jedoch nicht verboten, so haftet er nur wegen culpa in eligendo oder in custodiendo (D. 3, 5, 20, 3).

[7]) D. 17, 1, 20, pr.: Ex mandato apud eum qui mandatum suscepit nihil remanere oportet, sicuti nec damnum pati debet, si exigere faeneratam pecuniam non potuit; vgl. auch D. 3, 3, 46, 4; 17, 1, 10, 2 und 3 und BGB. §§ 666—668.

und erlischt durch den Tod eines von beiden. Hat der Beauftragte jedoch das Geschäft in Unkenntnis des Todes des Auftraggebers fortgesetzt, so ist dies rechtswirksam; insoweit gilt also der Auftrag „utilitatis causa" als fortbestehend[8]). In Ausnahmefällen wird der Auftrag durch den Tod des Auftraggebers nicht beendet, nämlich wenn er mit auf die Erben („in heredes") gerichtet war oder ein Geschäft betrifft, das erst nach dem Tode des Auftraggebers ausführbar ist (z.B. Errichtung eines Grabsteins, D. 17, 1, 12, 17 und 17, 1, 13).

Das Mandat endet ferner durch Widerruf seitens des Auftraggebers[9]) und durch Kündigung seitens des Beauftragten; doch macht unzeitige Kündigung den Mandatar schadensersatzpflichtig (D. 17, 1, 22, 11 und 17, 1, 23—25; ähnlich BGB. § 671).[10])

Elfter Titel. Geschäftsführung ohne Auftrag (BGB. §§ 677—687).

§ 101. Negotiorum gestio.

a. Begriff.

1. Geschäftsführung ohne Auftrag (negotiorum gestio)[1]) liegt vor, wenn jemand (Geschäftsführer,

---

[8]) D. 17, 1, 26, pr.: Inter causas omittendi mandati etiam mors mandatoris est: nam mandatum solvitur morte. si tamen per ignorantiam impletum est, competere actionem utilitatis causa dicitur. Nach BGB. §§ 672, 673 endet der Auftrag (und damit auch die auf einem solchen beruhende Vollmacht, § 168) im Zweifel zwar durch den Tod des Beauftragten, nicht aber durch den Tod des Auftraggebers. Doch findet in Notfällen ein Fortwirken statt; vgl. auch § 674.

[9]) Extinctum est mandatum finita voluntate (D. 17, 1, 12, 16). Vgl. jedoch D. 17, 1, 15.

[10]) Über das mandatum qualificatum (Kreditauftrag), eine auf Auftrag beruhende Verbürgung vgl. unten § 107 c.

[1]) D. 3, 5, C. 2, 18: De negotiis gestis. Vgl. D. 3, 5, 3, pr.: Ait praetor: „Si quis negotia alterius, sive quis negotia,

negotiorum gestor) für einen Anderen (Geschäftsherr, dominus negotii) ein Geschäft besorgt, ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst (durch das Gesetz, zB. als Vater oder Ehemann, oder ein Amt, zB. Vormundschaft) dazu berechtigt zu sein. Das Geschäft kann auch hier (S. 605) tatsächlicher Natur (zB. Reparatur eines Hauses, Verpflegung eines zugelaufenen Tiers, Gewährung von Unterhalt an ein Familienmitglied des Geschäftsherrn) oder ein Rechtsakt (Ein- oder Verkauf, Zahlung, Prozeßführung) sein.

2. Der Normalfall der negotiorum gestio[2]) ist der, daß jemand wissentlich und absichtlich ein fremdes Geschäft auf Rechnung eines Anderen besorgt (sog. echte oder stellvertretende negotiorum gestio). Die Grundsätze der negotiorum gestio finden aber unter Umständen auch Anwendung, wenn jemand ein an sich nicht zu seinem Interessenkreise gehöriges Geschäft (negotium re ipsa aliena) nicht für einen Anderen, sondern für sich vornimmt (sog. unechte negotiorum gestio).

α. Nimmt jemand ein fremdes Geschäft in der irrigen Meinung vor, es sei sein eigenes, so kommen die Grundsätze der negotiorum gestio zur Anwendung[3]).

---

quae cuiusque cum is moritur fuerint, gesserit: iudicium eo nomine dabo". Das prätorische Edikt betraf, wie der umfassende Ausdruck „negotiorum gestio" zeigt, ursprünglich jede Geschäftsführung für andere, auch Auftrag und Vormundschaft. Erst nachdem diese Rechtsverhältnisse zu selbständigen Rechtsinstituten geworden waren und eigene Klagen (actio mandati und tutelae) erhalten hatten, beschränkte sich der Begriff der negotiorum gestio auf die Fälle der auftraglosen Geschäftsführung, die man dem Begriffe des „Quasikontrakts" (S. 431[8]) unterstellte, da einerseits mangels einer auf die Geschäftsbesorgung gerichteten Willensübereinstimmung zwischen Geschäftsherrn und Geschäftsführer kein Vertrag, andererseits aber auch kein Delikt vorlag (I. 3, 27, 1).

[2]) Der Ausgangspunkt ist nach den Quellen die Wahrnehmung der Interessen Abwesender; D. 3, 5, 1: Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur vel pignoris distractionem vel poenae committendae actionem, vel iniuria rem suam amittant.

[3]) So zB. wenn jemand gutgläubig eine fremde Sache veräußert oder der vermeintliche Erbe Erbschaftsverbindlichkeiten erfüllt

β. Nimmt jemand ein Geschäft, wissend, daß es ein fremdes ist, für sich vor, so haftet er dem Geschäftsherrn nach dessen Wahl mit der actio negotiorum gestorum directa (S. 611) oder auch auf Wiederherstellung des Zustands vor seinem Eingriff, während der Geschäftsherr nur auf die (noch vorhandene) Bereicherung haftet[4]).

3. Eine echte (d. h. auf Rechnung eines Anderen vorgenommene) negotiorum gestio kann ein objektiv fremdes Geschäft betreffen, d. h. ein Geschäft, das offensichtlich dem Interessenkreise des Geschäftsherrn angehört (Reparatur seines Hauses, Fütterung seines Viehs, D. 3, 5, 5, 13: alterius re ipsa gestum negotium) oder ein subjektiv fremdes Geschäft sein, d. h. ein Geschäft, das an sich sowohl ein eigenes Geschäft des Geschäftsführers als ein Geschäft des Geschäftsherrn sein könnte (ein Landwirt kauft Dünger für einen benachbarten Landwirt; D. 3, 5, 5, 11: negotium, quod ab initio tuum non erat, sed tua contemplatione gestum). In letzterem Falle muß die Absicht des Handelnden nicht für sich, sondern für einen Anderen zu handeln, in die Erscheinung treten, in ersterem Falle kommen die Grundsätze der negotiorum gestio ohne weiteres zur Anwendung.

4. Irrt der Geschäftsführer über die Person des Geschäftsherrn, so wird nicht der vermeintliche, sondern der wirkliche Geschäftsherr berechtigt und verpflichtet[5]).

---

hat; vgl. D. 3, 5, 48. Dagegen kommen nach BGB. § 687 Abs. 1 auf diesen Fall nicht die Grundsätze der auftraglosen Geschäftsführung, sondern die der ungerechtfertigten Bereicherung (unten § 113) zur Anwendung.

[4]) D. 3, 5, 5, 5: Sed et si quis negotia mea gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scripsit suum eum potius quam meum negotium gessisse (qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet): sed nihilo minus, immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione. ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit, non in id quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum habet contra me actionem. Ähnlich BGB. § 687 Abs. 2.

[5]) D. 3, 5, 5, 1: Sed et si, cum putavi Titii negotia esse cum essent Sempronii, ea gessi, solus Sempronius mihi

b. Wechselseitige Rechte und Pflichten.

Aus der Geschäftsführung entstehen gegenseitige Rechtsbeziehungen zwischen dem Geschäftsführer und dem Geschäftsherrn. Daher behandeln die Römer die negotiorum gestio als Quasikontrakt (S. 431[5]). Der Geschäftsherr macht seine auf die negotiorum gestio gestützten Ansprüche mit der actio negotiorum gestorum directa, der Geschäftsführer die seinen mit der actio negotiorum gestorum contraria geltend[6]).

1. Ansprüche des Geschäftsherrn (actio negotiorum gestorum directa).

α. Der Geschäftsführer haftet für Vorsatz und jede Fahrlässigkeit. Diese Normalhaftung wird:

a. erhöht auf die Haftung für Zufall, wenn die Geschäftsführung mit dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn in Widerspruch steht[7]);

b. vermindert auf die Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, wenn die Geschäftsführung die Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden dringenden Gefahr bezweckt[8]).

β. Der Geschäftsführer hat gleich einem Beauftragten (S. 607) die Pflicht zur Rechenschaftsablegung, Herausgabe und Verzinsung (I. 3, 27, 1, D. 3, 5, 18, 4).

2. Ansprüche des Geschäftsführers (actio negotiorum gestorum contraria).

α. Der Geschäftsführer kann Ersatz seiner Auf-

actione negotiorum gestorum tenetur; D. 10, 3, 14, 1; ebenso BGB. § 686.

[6]) D. 3, 5, 2. Aus der negotiorum gestio entspringt ein bonae fidei iudicium (S. 391[14]).

[7]) ZB. wenn der Geschäftsführer neue Geschäfte für den Geschäftsherrn abschließt, D. 3, 5, 10; ebenso BGB. § 678.

[8]) D. 3, 5, 3, 9: Interdum in negotorium gestorum actione Labeo scribit dolum solummodo versari: nam si affectione coactus, ne bona mea distrahantur, negotiis te meis optuleris, aequissimum esse dolum dumtaxat te praestare: quae sententia habet aequitatem; ebenso BGB. § 680.

wendungen gleich einem Beauftragten verlangen, falls der Geschäftsherr die Geschäftsführung:

a. genehmigt (ratihabitio mandato comparatur, S. 346);

b. genehmigen muß. Hierzu ist er verpflichtet, wenn die Geschäftsführung dem wirklichen oder zu unterstellenden Willen des Geschäftsherrn entspricht und ihm Nutzen gebracht hat. Für gegen das Verbot des Geschäftsherrn unternommene Geschäfte erhält der negotiorum gestor also in der Regel[9]) keinen Ersatz, selbst wenn sie erfolgreich ausgeführt sind (C. 2, 18, 24). Ebensowenig werden ihm Aufwendungen ersetzt, die dem Geschäftsherrn keinen Nutzen bringen (zB. Aufwendungen für ein vom Geschäftsherrn aufgegebenes Grundstück, D. 3, 5, 9, 1). Andererseits genügt ein negotium utiliter coeptum, d. h. die Aufwendungen sind auch dann zu ersetzen, wenn der dadurch erzielte Erfolg später wieder fortfällt[10]).

β. Liegen die Voraussetzungen des Erstattungsanspruchs nicht vor, dann muß der Geschäftsherr wenigstens das herausgeben, um was er bereichert ist (D. 15, 3, 3, 4). Ist der Geschäftsherr unmündig, so haftet er in allen Fällen nur auf die Bereicherung (D. 3, 5, 5, 2; vgl. BGB. § 682).

γ. Dem Geschäftsführer steht ein Erstattungsanspruch nicht zu, wenn er die Auslagen „donandi", nicht „recipiendi" animo machte. Die Schenkungsabsicht hat der Geschäftsherr zu beweisen. Nur bei Gewährung von Unter-

---

[9]) Eine Ausnahme bildet die Beerdigung eines Menschen. Die hierfür aufgewendeten Kosten können von dem Verpflichteten mit einer actio funeraria selbst dann eingezogen werden, wenn die Beerdigung gegen seinen Willen erfolgte; D. 11, 7, 12, 2 und 3. Ähnlich bei Erfüllung öffentlicher Lasten, D. 3, 5, 3, 10, zB. Wegebesserung, D. 43, 10, 1, 3; vgl. BGB. §§ 683 Satz 2, 679.

[10]) D. 3, 5, 9, 1: Is autem qui negotiorum gestorum agit non solum si effectum habuit negotium quod gessit, actione ista utetur, sed sufficit, si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium. et ideo si insulam fulsit vel servum aegrum curavit, etiamsi insula exusta est vel servus obiit, aget negotiorum gestorum.

halt unter Aſcendenten und Deſcendenten ſpricht eine Vermutung für die Schenkungsabſicht (D. 3, 5, 33; ebenſo BGB. § 685).

Zwölfter Titel. Verwahrung (BGB. §§ 688—700).

§ 102. Depositum.

a. Begriff.

Verwahrungsvertrag (depositum)[1] iſt eine Vereinbarung, wonach die eine Partei (Verwahrer, Depoſitar) verpflichtet iſt, eine ihr von der anderen Partei (Hinterleger, Deponent) übergebene Sache unentgeltlich aufzubewahren[2]. Ein Verwahrungsvertrag iſt nur vorhanden, wenn die Aufbewahrung die Hauptſache bildet, nicht aber, wenn ſie nur nebenſächliche Folge eines auf einen anderen Hauptgegenſtand gerichteten Vertrags (Kauf, Leihe, Werkvertrag, Auftrag, Pfandvertrag) iſt[3].

---

[1]) D. 16, 3, C. 4, 34: Depositi vel contra. Mit dem depositum, dem Verwahrungsvertrage, iſt nicht zu verwechſeln die depositio, die Hinterlegung als Erfüllungserſatz (S. 518).

[2]) Von dieſer Begriffsbeſtimmung des depositum nach rR. weicht die des Verwahrungsvertrags nach BGB. § 688 in zwei weſentlichen Punkten ab.

a. Nach rR. konnte — wenigſtens nach der herrſchenden Anſicht — auch eine unbewegliche Sache Gegenſtand eines depositum ſein; der Verwahrungsvertrag des BGB. kann ſich dagegen nur auf bewegliche Sachen beziehen.

b. Nach rR. war die Unentgeltlichkeit ein notwendiges Begriffsmerkmal des depositum, die entgeltliche Aufbewahrung wurde als locatio conductio operarum behandelt; vgl. D. 16, 3, 1, 8: Si vestimenta servanda balneatori data perierunt, si quidem nullam mercedem servandorum vestimentorum accepit, depositi eum teneri et dolum dumtaxat praestare debere puto: quod si accepit, ex conducto. Nach BGB. kann auch eine entgeltliche Aufbewahrung Verwahrung ſein.

[3]) Vgl. D. 17, 1, 8, pr.: Si procuratorem dedero nec instrumenta (Urkunden) mihi causae reddat, qua actione mihi teneatur? et Labeo putat mandati eum teneri nec esse probabilem sententiam existimantium ex hac causa agi posse depo-

b. Inhalt des Verwahrungsvertrags.

1. Das depositum ist einer der vier benannten Realkontrakte (mutuum, depositum, commodatum, pignus, S. 487); es kommt also erst zustande durch Hingabe und Übernahme einer Sache zur Verwahrung.

2. Der Depositar ist nicht juristischer Besitzer, sondern bloßer Detentor (D. 41, 2, 3, 20); denn er hat weder den animus domini noch den animus rem sibi habendi (unten § 116 b 1).[4])

3. Das depositum ist gleich dem Mandat und dem Verpfändungsvertrage (pignus) ein contractus bilateralis inaequalis, d. h. es entstehen jedenfalls Ansprüche des Hinterlegers gegen den Verwahrer auf Aufbewahrung und Rückgabe (actio depositi directa), dagegen nicht unbedingt auch Gegenansprüche des Verwahrers (auf Ersatz von Aufwendungen, Schadensersatz, actio depositi contraria). Die beiderseitigen Verpflichtungen werden im einzelnen von dem Grundsatz von Treu und Glauben beherrscht; denn das depositum ist ein bonae fidei contractus (D. 16, 3, 1, 23).

α. Die Verpflichtung des Verwahrers (actio depositi directa) geht:

a. auf Aufbewahrung der Sache, wozu aber — trotz der Begriffsbestimmung in D. 16, 3, 1, pr.: Depositum est, quod custodiendum alicui datum est — nicht ohne weiteres auch eine besondere Bewachung (custodia, S. 457[3]) gehört (D. 16, 3, 1, 12);

b. auf Rückgabe der Sache, mit allen Accessionen (D. 16, 3, 1, 24). Diese ist auf Verlangen des Hinterlegers jederzeit zu bewirken, auch wenn eine Aufbewahrungszeit verabredet ist (D. 16, 3, 1, 22) und hat grundsätzlich am Aufbewahrungsorte zu erfolgen (vgl. D. 16, 3, 12, 1,

---

siti: unius cuiusque enim contractus initium spectandum et causam.

[4]) Nach BGB. ist der Verwahrer unmittelbarer, der Hinterleger mittelbarer Besitzer (§ 868, unten § 116[5]).

S. 450[1], ähnlich BGB. § 697). Kann die hinterlegte Sache nicht oder nicht unbeschädigt (D. 16, 3, 1, 16) zurückgegeben werden, so haftet der Depositar mangels besonderer Abrede (D. 16, 3, 1, 35) nur, falls diese Unmöglichkeit der Rückgabe durch seinen dolus oder seine culpa lata herbeigeführt ist (D. 16, 3, 1, 10); denn er hat kein Interesse an der Hinterlegung (S. 459; D. 13, 6, 5, 2: quia nulla utilitas eius versatur, apud quem deponitur).[5]) Ausnahmsweise haftet er:

1) auch für culpa levis (und für custodia): wenn er sich zur Verwahrung gedrängt hat oder wenn solch gesteigerte Haftung vereinbart ist (D. 16, 3, 1, 35); ist für die Aufbewahrung ein Entgelt vereinbart, so liegt locatio conductio operarum vor (Anm. 2) und es wird dementsprechend (S. 595) gehaftet (D. 13, 6, 5, 2);

2) selbst für Zufall bei eigenmächtiger Aneignung (furtum rei, D. 16, 3, 1, 25) oder Benutzung (furtum usus, C. 4, 34, 3) der fremden Sache, sowie im Falle des Verzugs (D. 16, 3, 12, 3); vgl. noch D. 12, 1, 4, pr.

Die Verwahrung begründet ein Vertrauensverhältnis; daher ist die actio depositi directa eine actio famosa, d. h. der Depositar, der sich auf die Rückgabe erst verurteilen läßt, wird infam (S. 226). Ferner ist gegenüber der actio depositi directa jede Retention (S. 471) und Kompensation (S. 521) ausgeschlossen (C. 4, 34, 11, anders BGB.). Ist endlich die Hinterlegung in einem Notfall erfolgt (sog. depositum miserabile), so wird der die Rückgabe verzögernde Depositar auf das Doppelte verurteilt[6]).

---

[5]) Nach BGB. §§ 276, 690 haftet der Verwahrer bei unentgeltlicher Verwahrung für Vorsatz und diligentia quam suis, also mindestens für culpa lata (§ 277, S. 457), bei entgeltlicher Verwahrung für jede Schuld.

[6]) D. 16, 3, 1, 1: Praetor ait: „Quod neque tumultus neque incendii neque ruinae neque naufragii causa depositum sit in simplum, earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum, in heredem eius, quod dolo malo eius factum esse dicetur qui mortuus sit, in simplum, quod ipsius, in duplum iudicium dabo".

β. Die Pflichten des Hinterlegers (actio depositi contraria) gehen:

a. auf Ersatz zweckentsprechender Aufwendungen (zB. Unterhaltskosten eines verwahrten Sklaven, D. 16, 3, 23; vgl. BGB. § 693);

b. auf Schadensersatz, falls die hinterlegte Sache dem Verwahrer Schaden bringt (zB. bei Einstellung eines rotzkranken Pferdes in einen fremden Stall) und den Hinterleger Vorsatz oder Fahrlässigkeit trifft (D. 47, 2, 62, 5, ebenso BGB. § 694).

c. Besondere Arten des Verwahrungsvertrags.

1. Depositum irregulare liegt vor, wenn vertretbare Sachen in der Art hinterlegt werden, daß das Eigentum auf den Verwahrer übergehen und dieser verpflichtet sein soll, das Hinterlegte nicht, wie regelmäßig, in specie sondern in genere, d. h. in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren (D. 16, 3, 24). Dann nähert sich der Vertrag dem Darlehen, unterscheidet sich aber von ihm dadurch, daß das Darlehen regelmäßig im Interesse des Empfängers, das depositum irregulare im Interesse des Gebers hingegeben wird[7]).

2. Sequestratio ist die Übergabe einer Sache durch mehrere Personen zur Verwahrung mit der Abrede, daß die Herausgabe an einen der Hinterleger erfolgen solle, zB. denjenigen, der in einem Prozeß über die Sache siegen werde

---

[7]) Die praktische Bedeutung der Unterscheidung für das rR. liegt darin, daß:

a. auf die actio depositi, als iudicium bonae fidei, nicht aber auf die condictio certi (S. 391[14]), eine Verurteilung auf Zinsen aus bloßem pactum oder Verzug zulässig war (D. 16, 3, 25, 1);

b. die actio depositi infamierte, nicht aber die condictio certi;

c. gegenüber der actio depositi die Zurückhaltung und (was gerade beim depositum irregulare praktisch wurde) die Aufrechnung ausgeschlossen war, nicht aber gegenüber der condictio certi.

Nach BGB. § 700 finden bei Hinterlegung vertretbarer Sachen unter der Verpflichtung der Rückgabe in genere die Vorschriften über das Darlehen Anwendung; nur für Ort und Zeit der Rückgabe gelten die Bestimmungen über den Verwahrungsvertrag.

(D. 16, 3, 6, S. 422). Da hierbei keiner der Hinterleger bis zur Entscheidung über die Sache verfügen kann, wird dem sequester[8]) der juristische Besitz zugesprochen (unten § 116 b 1), damit ein zur Verteidigung einer Besitzstörung oder Besitzentziehung Legitimierter vorhanden sei[9]).

Dreizehnter Titel. Einbringung von Sachen bei Gastwirten (BGB. §§ 701—704).

§ 103. Receptum.

Mit dem Ausdrucke receptum bezeichneten die Römer verschiedene im prätorischen Edikt behandelte Rechtsgeschäfte.

a. Receptum argentarii.

Das receptum argentarii ist ein durch Justinian beseitigtes abstraktes Erfüllungsversprechen eines Bankiers (oben S. 511[8] und unten § 107[5]).

b. Receptum arbitrii[1]).

Vereinbaren zwei Parteien, einen Rechtsstreit durch einen bestimmten Schiedsrichter (arbiter, S. 495[24]) entscheiden zu lassen[2]), so ist der Gewählte zur Annahme des Amtes

---

[8]) Über die angebliche Ableitung dieses Ausdrucks vgl. D. 50, 16, 110: dictus ab eo, quod occurrenti aut quasi sequenti eos qui contendunt committitur. In Wahrheit ist sequester von secus abzuleiten, bei Seite, d. h. der Unparteiische.

[9]) D. 16, 3, 17. Die Klage gegen den Sequester auf Herausgabe der Sache heißt actio depositi sequestraria (D. 16, 3, 12, 2).

[1]) D. 4, 8: De receptis: Qui arbitrium receperint, ut sententiam dicant; C. 2, 55: De receptis.

Compromissum (Anm. 2) ist der Schiedsvertrag zwischen den Parteien, receptum der Vertrag auf Übernahme des Schiedsrichteramts zwischen den Parteien und dem arbiter.

[2]) Eine solche Vereinbarung erzeugte anfänglich als nudum pactum keine klagbare Verpflichtung unter den Beteiligten. Der Schiedsvertrag konnte nur mittelbar durch wechselseitiges Versprechen einer Vertragsstrafe (poena oder pecunia compromissa, daher com-

natürlich nicht verpflichtet. Es bedarf also einer vertragsmäßigen Übernahme des Amtes durch ein receptum, um den arbiter zur Verhandlung und Entscheidung des Rechtsstreits zu verpflichten. Das receptum ist aber formlos bindend (also ein pactum praetorium, S. 490); der Prätor zwingt den ungehorsamen arbiter durch Strafen (multae, S. 74, D. 4, 8, 32, 12) zur Erledigung der übernommenen Pflicht[3]). Über den rechtspolitischen Grund dieses Zwangsverfahrens vgl. D. 4, 8, 3, 1.

---

promissum = Schiedsvertrag) für den Fall der Nichtanerkennung des Schiedsspruchs (arbitrium, laudum) rechtswirksam gemacht werden. Es war somit keine Partei verpflichtet, sich auf das Verfahren vor dem Schiedsrichter einzulassen und der Schiedsspruch selbst war nicht vollstreckbar und ließ die exceptio rei iudicatae nicht entstehen; die ungehorsame Partei verwirkte aber die Strafe (D. 4, 8, 2: Ex compromisso placet exceptionem non nasci, sed poenae petitionem).

Durch Justinian (C. 2, 55, 4 und 5) wird der auf Grund eines formlosen Schiedsvertrags gefällte Schiedsspruch unmittelbar verpflichtend und vollstreckbar, sofern er eidlich bekräftigt oder von beiden Parteien unterschriftlich anerkannt (sog. laudum homologatum) oder nicht binnen zehn Tagen angefochten wird. Deshalb rechnet man den Schiedsvertrag nunmehr zu den pacta vestita (legitima, S. 490). Die Verwendung des Eides wurde jedoch in Nov. 82 c. 1 wieder verboten.

Über das schiedsrichterliche Verfahren der CPO. vgl. Buch 10 (§§ 1025—1048). Der Schiedsspruch hat unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen Urteils (§ 1040), ist aber nur vollstreckbar, wenn dies durch ein gerichtliches Vollstreckungsurteil ausgesprochen ist (§ 1042).

[3]) Das compromissum (und damit auch das receptum) fällt fort: beim Tode einer Partei (wenn es nicht ausdrücklich auf die Erben erstreckt ist, D. 4, 8, 27, 1), beim Konkurs (D. 4, 8, 17, pr.) oder Wahnsinn einer Partei (D. 4, 8, 47, 1), beim Untergang der streitigen Sache, es sei denn, daß ein Interessenanspruch bestehen bleibt (D. 4, 8, 32, 5), bei gerechtfertigtem Rücktritt des Schiedsrichters (D. 4, 8, 15).

Unfähig zur Übernahme eines Schiedsrichteramts sind: Frauen (C. 2, 55, 6: suae pudicitiae memores et operum, quae eis natura permisit et a quibus eas iussit abstinere), ferner Wahnsinnige, Taube, Stumme, der vom Prätor für die betreffende Sache bestellte iudex, ein minor viginti annis (D. 4, 8, 9, 1 ff. u. 41).

Geht das compromissum auf mehrere Schiedsrichter, so entscheidet regelmäßig (D. 4, 8, 17, 7, vgl. jedoch 4, 8, 27, 3) Stimmen-

c. Receptum nautarum, cauponum et stabulariorum[4]).

Durch das prätorische Edikt (D. 4, 9: Nautae caupones stabularii ut recepta restituant) werden Rheder (exercitores navium), Gast- und Stallwirte hinsichtlich der von Reisenden ihnen übergebenen Sachen für unbedingt haftbar erklärt; sie haften also insbesondere — entgegen dem Grundsatz, daß jeder nur sein eigenes Verschulden zu vertreten hat (S. 461) — auch für das Verschulden ihrer Leute; vgl. D. 4, 9, 1, pr.: Ait praetor: „Nautae caupones stabularii quod cuiusque salvum fore receperint nisi restituent, in eos iudicium dabo". Unerheblich ist es, ob sie für die Aufnahme ein Entgelt erhalten (D. 4, 9, 6, pr.). Diese gesteigerte Haftung wird unter Unterstellung eines „Quasidelikts" (unten § 114 c) durch die besondere Unzuverlässigkeit dieser Geschäftsleute (hoc genus hominum, D. 4, 9, 3, 1) und durch die Notwendigkeit, sich ihnen anzuvertrauen (quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiae eorum committere, D. 4, 9, 1, 1) gerechtfertigt. Nach klassischem Rechte können sie jedoch ihre Haftung durch den Nachweis eigenen Verschuldens des Reisenden oder höherer Gewalt abwenden (D. 4, 9, 3, 1).[5])

---

mehrheit; bei Stimmengleichheit entscheidet ein von dem Schiedsrichter bestellter Obmann (D. 4, 8, 17, 5 und 6).

[4]) D. 4, 9 (also an das receptum arbitrii anschließend): Nautae, caupones, stabularii ut recepta restituant.

Dem receptum entspringen zwei actiones in factum: eine auch gegen die Erben gehende actio rei persecutoria auf einfachen Schadensersatz (D. 4, 9, 3, 1 und 4) und — im Falle eines durch die Leute des Wirts oder Schiffers verübten Diebstahls oder einer Beschädigung — eine passiv unvererbliche actio poenalis in duplum (D. 47, 5: Furti adversus nautas caupones stabularios).

[5]) Eine ähnliche Haftung ist dem Gastwirt auch im BGB. aufgebürdet (§§ 701 ff.). Dagegen hat das neue HGB. (§§ 429, 606) die besondere Haftung der Frachtführer und Rheder, die das alte HGB. bis zur höheren Gewalt erstreckt hatte, beseitigt. Nur die Eisenbahnen haften als Frachtführer auch noch nach dem neuen HGB. bis zur höheren Gewalt (§ 456).

Vierzehnter Titel. Gesellschaft (BGB. §§ 705—740).

§ 104. Societas.

a. Begriff und Arten.

Gesellschaft (societas)[1] ist die vertragsmäßige Vereinigung mehrerer bestimmter Personen zur Erreichung gemeinsamer Zwecke durch gemeinschaftliche Förderung.

1. Durch das Erfordernis einer vertragsmäßigen Grundlage unterscheidet sich die Gesellschaft von der zufälligen Gemeinschaft (communio, unten § 105).

2. Der gemeinsame Zweck kann nach rR. nur ein Vermögenszweck, heute auch ein idealer Zweck sein.

3. Zum Begriffe der Gesellschaft gehört die Förderung eines gemeinschaftlichen Zweckes durch Zusammenwirken aller Beteiligten. Gemeinschaftliches Handeln, bei dem ein Teil im ausschließlichen Interesse des anderen tätig wird, ist keine Gesellschaft, so zB. die sog. societas leonina[2], d. h. eine gemeinschaftliche Unternehmung, bei welcher der eine Teilnehmer allein allen Nutzen haben, der andere allein allen Schaden tragen soll.

4. Eine Gesellschaft liegt nur vor bei der Vereinigung mehrerer bestimmter Personen; soll die Vereinigung von den Personen ihrer Mitglieder unabhängig sein, so liegt ein Verein vor (S. 232).

5. Arten der Gesellschaften (D. 17, 2, 5, pr.) sind:

α. Die societas omnium bonorum. Sie umfaßt als „allgemeine Gütergemeinschaft" alle Aktiva und Passiva, welche die Beteiligten bei Eingehung der Gesellschaft haben oder später erwerben. Ausgenommen sind nur die durch Delikt begründeten Forderungen und Schulden eines Gesellschafters (D. 17, 2, 52, 17 und 18;

---

[1] I. 3, 25: De societate; D. 17, 2, C. 4, 37: Pro socio.

[2] So genannt nach der äsopischen Fabel, nach der der Löwe mit dem Esel auf die Jagd geht, die Jagdbeute aber für sich allein behält („Löwenanteil"); vgl. D. 17, 2, 29, 2.

D. 17, 2, 53: quia delictorum turpis atque foeda communio est).[3][4])

β. Die societas quaestus, allgemeine Erwerbsgemeinschaft. Sie umfaßt nur den nach Abschluß des Gesellschaftsvertrags von einem der Gesellschafter durch seine Tätigkeit („qui ex opera cuius descendit", D. 17, 2, 8) gemachten Erwerb und die hierauf bezüglichen Schulden. Das bisherige Vermögen bleibt also den einzelnen Gesellschaftern, ebenso erhalten diese allein den von ihnen nicht durch ihre Tätigkeit, sondern durch andere Umstände (Erbschaft, Lotteriegewinn) gemachten Erwerb (D. 17, 2, 9—12). Für diese Gesellschaftsform spricht im Zweifel die Vermutung (D. 17, 2, 7).[5])

γ. Die societas negotiationis (Erwerbsgesellschaft) ist die dauernde Vereinigung mehrerer Personen

---

[3]) Von der societas omnium bonorum hat vermutlich das römische Gesellschaftsrecht seinen Ursprung genommen (Dernburg, anders Pernice, der die Handelsgesellschaften für den Ausgangspunkt ansieht); die für sie aufgestellten Grundsätze wurden dann auch für die anderen Geschäftsformen angewendet. Der Normalfall der societas omnium bonorum war das Zusammenbleiben der durch den Tod des pater familias selbständig gewordenen und regelmäßig (S. 219) erst dadurch zu Vermögen gekommenen Agnaten zur gemeinsamen Verwaltung des ungeteilt bleibenden Erbguts (über die ähnliche Ganerbschaft des deutschen Rechts vgl. D. § 64[3]). Aus dieser Entstehung der societas erklärt sich die milde Haftung der socii nur für diligentia quam suis (S. 623) und die Beschränkung der wechselseitigen Ansprüche durch das beneficium competentiae (S. 469); vgl. D. 17. 2, 63, pr.: societas ius quodammodo fraternitatis in se habet.

Das BGB. kennt eine allgemeine Gütergemeinschaft nur unter Eheleuten (§§ 1437 ff.), im übrigen ist ein darauf abzielender Vertrag nach § 310 nichtig.

[4]) Bei der societas omnium bonorum — aber nur bei dieser — werden die Vermögensstücke der Gesellschafter mit Abschluß des Vertrages ohne dinglichen Übertragungsakt gemeinsames Eigentum (D. 17, 2, 1, 1 und 2, ebenso heute bei Eingehung einer Ehe mit allgemeiner Gütergemeinschaft, BGB. § 1438 Abs. 2).

[5]) Eine allgemeine Erwerbsgesellschaft wäre nach BGB. zwar zulässig, kommt aber tatsächlich ebenfalls nur unter Ehegatten als Form des ehelichen Güterrechts vor (Errungenschaftsgemeinschaft, §§ 1519 ff.).

zum Betriebe eines Gewerbes (zB. argentariae societas). Sie umfaßt nur die zum Gewerbebetriebe gehörenden Vermögensstücke und die auf ihn bezüglichen Schulden (D. 17, 2, 52, 5).[6])

δ. Den geringsten Umfang hat die societas unius negotii s. rei, die Vereinigung zu einzelnen Geschäften für gemeinschaftliche Rechnung (D. 17, 2, 5, pr.).

b. Rechtsverhältnisse der Gesellschaft.

Der Gesellschaftsvertrag bedarf als Konsensualkontrakt (S. 490) keiner Abschlußform. Er ist ferner, da alle Beteiligten begriffsnotwendig (S. 624) Rechte und Pflichten haben, ein contractus bilateralis aequalis (S. 269).

Zu unterscheiden ist zwischen den Rechtsbeziehungen der Gesellschafter zu einander (Innenverhältnis) und zu dritten (Außenverhältnis).

1. Innenverhältnis der Gesellschafter.

α. Die inneren Rechtsbeziehungen der Gesellschafter werden in erster Linie durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt; die gesetzlichen Vorschriften treten nur ergänzend (suppletorisch) ein.

β. Die Gesellschafter sind verpflichtet, die Gesellschaftszwecke durch Beiträge zu fördern (vgl. BGB. § 705).

---

[6]) Die Erwerbsgesellschaft gehört vorwiegend dem Handelsrecht an, das die wichtigsten (offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft, stille Gesellschaft, Rhederei) besonderen Normen unterwirft. Mehrere Arten von Vereinigungen zu Erwerbszwecken haben die Natur juristischer Personen (Aktiengesellschaft, Aktienkommanditgesellschaft, eingetragene Genossenschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung).

Eine der heutigen Kommanditgesellschaft (Haftung eines Gesellschafters mit seinem Gesamtvermögen, der übrigen nur in Höhe bestimmter Einlagen) ähnliche, besondere, zum Teil dem öffentlichen Recht angepaßte Gestaltung hatten die societates publicanorum erhalten, welche für die römischen Staatsfinanzen von großer Bedeutung waren (oben S. 78[4]). Sie wurden insbesondere durch den Tod eines Genossen nicht aufgelöst (wohl aber durch den Tod des manceps, D. 17, 2, 59, pr.).

Diese können bestehen in Sacheinlagen oder in einer Tätigkeit für Gesellschaftszwecke [7]).

Macht ein Gesellschafter Sacheinlagen, so fragt es sich — was vor allem für den Gefahrübergang und die Rückgewähr nach Auflösung der Gesellschaft von Bedeutung ist — ob die Einbringung erfolgt:

a. quoad usum. Dann hat die Gesellschaft nur die Benutzung während des Bestehens der Gesellschaft. Der einbringende Gesellschafter bleibt Eigentümer und trägt die Gefahr, der Untergang der Sache gilt also als Verminderung seiner Einlage (ebenso BGB. § 732); oder

b. quoad sortem. Dann geht mit der Einbringung Eigentum und Gefahr auf die Gesellschaft über; der spätere Untergang gilt also als Verminderung des Gesellschaftsvermögens [8]).

γ. Die Gesellschafter haften bei der Erfüllung ihrer Verpflichtung nur für diligentia quam suis (culpa in concreto). [9])

δ. An Gewinn und Verlust ist mangels einer anderweitigen Bestimmung durch den Gesellschaftsvertrag jeder Gesellschafter zu einem gleichen Teile (Kopfteile) beteiligt ohne Rücksicht auf Höhe und Art seines Beitrags [10]).

Bei der Feststellung von Gewinn und Verlust ist bei den auf die Dauer berechneten Gesellschaften nicht jedes einzelne Geschäft zu berücksichtigen, sondern das bei der „Bilanzziehung" am Ende eines gewissen Abschnitts sich ausweisende Gesamtergebnis. Es tritt also insofern eine compensatio lucri cum damno (S. 449) ein (I. 3, 25, 2, D. 17, 2, 30; vgl. BGB. § 721).

---

[7]) D. 17, 2, 5, 1: Societas autem coiri potest et valet etiam inter eos, qui non sunt aequis facultatibus; cum plerumque pauperior opera suppleat, quantum ei per comparationem patrimonii deest. Ebenso BGB. § 706 Abs. 3.

[8]) D. 17, 2, 58, pr. Vgl. BGB. § 706 Abs. 2.

[9]) I. 3, 25, 9, D. 17, 2, 72 (S. 460[9]); ebenso BGB. § 708.

[10]) D. 17, 2, 29, pr.: Si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat. Ebenso BGB. § 722; vgl. noch HGB. § 121.

ε. Für die bei der Ausführung eines die Gesellschaft angehenden Geschäfts einen der Gesellschafter treffenden Zufälle haften die Gesellschafter (D. 17, 2, 52, 4 und 60, 1).[11])

ζ. Ein Gesellschafter kann zwar einen Fremden an seinem Gewinn oder Verlust beteiligen, aber nicht ihn an seiner Stelle den anderen Gesellschaftern aufdrängen (D. 17, 2, 19–23).

η. Die Gesellschafter machen die aus dem Vorstehenden sich ergebenden gegenseitigen Ansprüche einander gegenüber mit der actio pro socio geltend, welche bei der begrifflichen Notwendigkeit beiderseitiger Leistungen „ab utraque parte directa" ist (I. 4, 16, 2). Die actio pro socio ist eine bonae fidei actio und eine actio famosa (S. 226). Gegenüber der actio pro socio steht dem beklagten Gesellschafter das beneficium competentiae zu (D. 42, 1, 22, 1, D. 17, 2, 63, pr.; S. 469).

2. Außenverhältnis der Gesellschaft.

α. Die societas unterscheidet sich von der universitas, der juristischen Person, streng dadurch (S. 233), daß diese nach außen hin ein selbständiges, mit Organen versehenes und durch sie handelndes Rechtssubjekt darstellt, während die societas lediglich eine vertragsmäßige Vereinigung mehrerer Personen zu gemeinsamem Zusammenwirken ist. Daher hat die Gesellschaft auch keine sie vertretende Organe und es kann überhaupt nicht für die Gesellschaft als solche — denn diese ist eben kein Rechtssubjekt — sondern nur für die Gesamtheit der Gesellschafter gehandelt werden. Nimmt daher ein Gesellschafter in Gesellschaftsangelegenheiten einem Dritten gegenüber ein Rechtsgeschäft vor, so wird grundsätzlich nur er berechtigt und verpflichtet. Ob das Rechtsgeschäft auch für und gegen die anderen Gesellschafter wirkt, das hängt davon ab, ob der Handelnde namens und in Vollmacht der übrigen gehandelt hatte (vgl. D. 17, 2, 82).

β. Da die Gesellschaft des rR. in keiner Hinsicht Rechtspersönlichkeit hatte, gibt es auch kein der Gesellschaft

[11]) Im BGB. ist diese Frage nicht entschieden.

als solcher gehöriges **Gesellschaftsvermögen**. Vielmehr stehen alle in die Gesellschaft eingebrachten Gegenstände im Miteigentum aller Gesellschafter, von denen jeder über den ihm gebührenden ideellen Anteil an jedem dieser Gegenstände verfügen kann[12]).

c. Endigung der Gesellschaft.

Die Gesellschaft ist nicht — wie der Verein — auf die Dauer berechnet (nulla societatis in aeternum coitio est, D. 17, 2, 70). Sie kann von vornherein nur auf ein einzelnes Geschäft, auf eine bestimmte Zeit oder bis zum Eintritt einer auflösenden Bedingung eingegangen sein. Selbst wenn sie „in perpetuum" (D. 17, 2, 1, pr.) geschlossen ist, bedeutet dies nur, daß sie auf unbestimmte Zeit eingegangen ist; sie ist dann zwar nicht, wie in den vorgedachten Fällen, von vornherein auf eine gewisse Zeit beschränkt, aber doch den dem **Gesellschaftsrecht eigentümlichen Endigungsgründen** unterworfen. Diese sind — abgesehen vom Unmöglichwerden und von der Erreichung des Gesellschaftszwecks (I. 3, 25, 6, BGB. § 726), vom Konkurs über das Vermögen eines Gesellschafters (I. 3, 25, 8, BGB. § 728), und vom Auflösungsvertrag (D. 17, 2, 65, 3) — **Tod** und **Kündigung**[13]).

---

[12]) Während die Gesellschaft des rR. hiernach völlig individualistisch gestaltet ist, steht das Gesellschaftsrecht des BGB. unter dem Prinzip der **gesamten Hand** (S. 538). Nicht jedem Gesellschafter steht ein Bruchteil jedes in die Gesellschaft eingebrachten Vermögensstücks zu, sondern die Gesamtheit der Gesellschafter ist Eigentümerin des Gesellschaftsvermögens als einer universitas iuris (§ 718). Daher kann während des Bestehens der Gesellschaft nicht jeder einzelne Gesellschafter über seinen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen verfügen (§ 719). Am weitesten ausgebildet ist die Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens bei der sich der juristischen Person nähernden offenen Handelsgesellschaft (HGB. §§ 124 ff.).

[13]) Vgl. D. 17, 2, 4, 1: Dissociamur renuntiatione morte capitis minutione et egestate (Konkurs); und andererseits D. 17, 2, 63, 10: Societas solvitur ex personis (Tod und capitis diminutio), ex rebus (Untergang der gemeinschaftlichen Sache), ex voluntate

1. Tod eines Gesellschafters.

Abgesehen von den societates vectigalium (D. 17, 2, 59, pr., S. 622[6]) wird nach rR. durch den Tod eines Gesellschafters die Gesellschaft unbedingt aufgelöst, ebenso durch capitis diminutio maxima und media (D. 17, 2, 63, 10), früher auch durch c. d. minima (G. 3, 153). Es kann nicht bedungen werden, daß der Erbe eines verstorbenden Gesellschafters eintritt, „quia qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit" (I. 3, 25, 5).[14]) Über die Fortführung der laufenden Geschäfte durch den Erben vgl. D. 17, 2, 40 (ähnlich BGB. § 727 Abs. 2).

2. Kündigung seitens eines Gesellschafters.

Nach rR. kann die Gesellschaft jederzeit durch einseitige Kündigung (renuntiatio) eines Gesellschafters beendet werden (C. 3, 37, 5: In communionem vel societatem nemo compellitur invitus detineri). Kündigt er aber zur Unzeit („intempestive", D. 17, 2, 14), so ist er den übrigen zum Schadensersatz verpflichtet, und war die Gesellschaft auf eine bestimmte Zeit eingegangen, so hat die ohne wichtigen Grund vorzeitig ausgesprochene Kündigung die Bedeutung, daß der Kündigende nicht mehr an dem Gewinn der laufenden Geschäfte teilnimmt, wohl aber an dem Verlust[15]).

(Auflösungsvertrag und renuntiatio), ex actione (Kündigung durch Anstellung der actio communi dividundo).

[14]) Wohl aber kann von vornherein vereinbart werden, daß beim Fortfall eines Gesellschafters die übrigen weiter eine Gesellschaft bilden sollen. Dann ist dies jedoch eine neue Gesellschaft, nicht eine Fortsetzung der alten (D. 17, 2, 65, 9). Nach BGB. § 727 Abs. 1 und HGB. § 131[4] kann dagegen die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben eines verstorbenden Gesellschafters im Gesellschaftsvertrage bestimmt werden.

[15]) D. 17, 2, 65, 6: Item qui societatem in tempus coit, eam ante tempus renuntiando socium a se, non se a socio liberat: itaque si quid compendii (Gewinn) postea factum erit, eius partem non fert, at si dispendium (Verlust), aeque praestabit portionem: nisi renuntiatio ex necessitate quadam facta sit; vgl. I. 3, 25, 4. Ähnlich BGB. § 723 Abs. 2.

Fünfzehnter Titel. Gemeinschaft (BGB. §§ 741—758).

§ 105. Communio.

a. Begriff und Arten.

1. Communio (Gemeinschaft) im weiteren Sinn ist die Beteiligung mehrerer an einem Vermögensstück oder einer Vermögensgesamtheit. Im engeren Sinne stellt man communio in Gegensatz zu der auf Vertrag beruhenden Gemeinschaft, der societas, und versteht darunter die nicht durch die Beteiligten herbeigeführte, also bloß zufällige Gemeinschaft (communio incidens).[1])

2. Die Hauptfälle der communio incidens nach rR.[2]) sind: Grenzgemeinschaft, Erbschaftsgemeinschaft und Miteigentum. Für sie sind die berühmten drei „Teilungsklagen" geschaffen: die actiones finium regundorum (D. 10, 1, C. 3, 39), familiae erciscundae (D. 10, 2, C. 3, 36), communi dividundo (D. 10, 3, C. 3, 37).

b. Rechtsverhältnisse der Gemeinschaft.

Durch die Gemeinschaft werden, wie sogleich zu zeigen ist, für die Zeit ihres Bestehens und im Falle der Teilung gewisse wechselseitige Ansprüche der Teilhaber (die Quellen sprechen auch hier von socii) hervorgerufen. Aus diesem Grunde behandeln die Römer die communio — da sie andererseits nicht auf Vertrag beruht — als einen Quasikontrakt (I. 3, 27, 3).

1. Die Teilhaber sind zur Nutzung des gemeinschaftlichen Gegenstandes nach Maßgabe ihrer — im Zweifel gleichen — Anteile berechtigt (vgl. BGB. 742 ff.).

2. Jeder Teilhaber muß den anderen ersetzen, was er aus der Gemeinschaft in sein Vermögen gebracht hat, sowie

[1]) Vgl. D. 17, 2, 31.

[2]) Außer diesen Fällen kennt das BGB. noch eine besonders geartete Gemeinschaft, die allgemeine und besondere Gütergemeinschaft, welche jedoch nicht wie die übrigen Gemeinschaften eine „Gemeinschaft nach Bruchteilen" (BGB. § 741) sondern eine „Gemeinschaft zur gesamten Hand" (S. 538) ist.

den Schaden, den er dem gemeinschaftlichen Vermögen schuldhafterweise zugefügt hat. Wie bei der Gesellschaft (S. 623) haftet auch bei der Gemeinschaft jeder Teilhaber für dolus und culpa in concreto (D. 10, 2, 25, 16; anders BGB.).

3. Andererseits kann jeder Teilhaber von den übrigen anteiligen Ersatz der für die Gemeinschaft gemachten Auslagen verlangen.

Diese Ansprüche werden mit den zu a 2 erwähnten, hauptsächlich für die Teilung (unten c) bestimmten Klagen geltend gemacht (vgl. zB. D. 10, 3, 12), die insofern die Natur von bonae fidei iudicia haben (I. 4, 6, 28).

c. Auflösung der Gemeinschaft.

Jeder Teilhaber kann jederzeit — falls er hierauf nicht vertragsmäßig verzichtet hat, was aber nur auf Zeit, nicht für immer zulässig ist, D. 10, 3, 14, 2 (anders BGB. § 759) — die Auflösung der Gemeinschaft verlangen (C. 3, 37, 5). Sofern sich die Teilhaber nicht außergerichtlich auseinandersetzen, geschieht dies nach rR. im Wege des Civilprozesses durch Erhebung der betreffenden Teilungsklage. Hierbei war der iudex besonders frei gestellt. Durch die der Formel eingefügte adiudicatio (S. 167[1]) erhielt er nämlich die Befugnis, nach freiem Ermessen über den gemeinschaftlichen Gegenstand zu verfügen (I. 4, 17, 4 und 5). Er braucht ihn insbesondere nicht reell zu teilen, sondern kann ihn einem Teilhaber ganz überlassen (D. 10, 2, 55) und die anderen in Geld entschädigen oder ihn einem Fremden verkaufen und den Kaufpreis verteilen (C. 3, 37, 3).

Da hiernach der Kläger nicht einen bestimmten Antrag stellen, sondern nur Vornahme der Auseinandersetzung beanspruchen kann, gelten die drei Teilungsklagen als actiones duplices s. mixtae (S. 388[18]), „in quibus uterque actor est, et rei et actoris partes sustinet". Sie sind auch noch in einer anderen Beziehung actiones mixtae, nämlich „tam in rem quam in personam" (S. 388).

Die adiudicatio begründet Rechte derjenigen, denen die gemeinschaftlichen Vermögensstücke zugeteilt werden (über

Evikionshaftung vgl. C. 3, 36, 14); im Teilungsverfahren ist das Urteil also nicht, wie in der Regel (S. 416), bloß deklaratorisch, sondern konstitutiv[3]).

Sechzehnter Titel. Leibrente (BGB. §§ 759—761).

Siebzehnter Titel. Spiel und Wette (BGB. §§ 762—764).

§ 106. Spiel und Wette.

a. Begriff.

Spiel und Wette sind gewagte Verträge[1]), d. h. bei beiden hängt die Entscheidung über Gewinn und Verlust der

---

[3]) Heute ist der Prozeßrichter nicht mehr so frei gestellt, da nach CPO. § 253 jede Klage einen „bestimmten Antrag" enthalten muß. Vgl. jedoch BGB. §§ 751—754, ZwVG. §§ 180 ff., CPO. § 880.

[1]) Gewagte oder aleatorische Verträge (alea = Würfel) nennt man Verträge, bei denen Gewinn oder Verlust der Parteien vom Zufall abhängt, also jede Partei ein „Risiko" läuft. Das rR. behandelte in D. 11, 5 und in C. 3, 43 nur das Spiel, während die ebenfalls zu den gewagten Geschäften zählende emptio spei und rei speratae (S. 547) beim Kaufe behandelt ist. Von den gewagten Geschäften des modernen Rechts, welche vorzugsweise auf deutschrechtlicher Grundlage entstanden und daher hier nicht zu erörtern sind, sind zu erwähnen (vgl. D. §§ 69 d, 74 c 4 δ, 82 c 3, L. II §§ 79 ff.):

a. der Leibrentenvertrag (BGB. §§ 759—761), bei dem der eine Teil (Leibrentenkäufer) einen Vermögenswert hingibt, wogegen der andere (Leibrentenverkäufer) die Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen auf die Lebenszeit des Leibrentenkäufers übernimmt;

b. der Lotterievertrag (BGB. § 763), bei dem der eine Teil (Spieler) einen bestimmten Einsatz zahlt, wogegen der andere Teil (Unternehmer) sich verpflichtet, gewisse Geldbeträge an einzelne, durch Auslosung zu ermittelnde Spieler zu zahlen; bestehen die Gewinne nicht in Geld, sondern in individuell bezeichneten Sachen (Pferden, Silber, Gemälden), so spricht man von Ausspielvertrag;

c. das Differenzgeschäft (BGB. § 764), d. h. ein auf Lieferung von Waren oder Wertpapieren lautender Kaufvertrag, der in der Absicht geschlossen wird, daß nicht der Kaufgegenstand wirklich geliefert

einen oder anderen Partei nicht (mindestens nicht allein) von ihrem Willen, sondern vom Zufall ab. Da Spiel und Wette im rR. einer verschiedenen rechtlichen Behandlung unterstanden (unten b), ist ihre begriffliche Unterscheidung wichtig. Das Unterscheidungsmerkmal ist nun nach richtiger Ansicht[2]) in der Absicht der Beteiligten zu suchen: beim Spiel kommt es ihnen wesentlich auf den Gewinn, bei der Wette wesentlich auf die Feststellung der Wahrheit einer Behauptung an.

b. Rechtliche Behandlung.

1. Das rR.[3]) behandelte Glücksspiele grundsätzlich als verboten und nichtig[4]). Spielschulden waren unklagbar

---

und abgenommen, sondern nur der Unterschied zwischen dem vereinbarten Kaufpreise und dem Börsen- oder Marktpreise am Lieferungstage („Stichtage") gezahlt werden soll;

d. der Altenteils- oder Auszugsvertrag, bei dem der Käufer eines Grundstücks (meist ein Abkömmling des bisherigen Eigentümers) die Verpflichtung übernimmt, den Verkäufer (Altsitzer, Auszügler) bis zu seinem Tode zu verpflegen (reichsrechtlich nicht geordnet, vgl. EGBGB. Art. 96);

e. der Versicherungsvertrag, bei dem der eine Teil (Versicherer) gegen Empfang eines bestimmten Vermögenswerts (Prämie) sich verpflichtet, dem anderen Teile (Versicherungsnehmer) den ihm für den ungewissen Fall des Eintritts eines Ereignisses (Tod, Feuer, Unfall, Einbruch) aus diesem erwachsenden Schaden zu ersetzen (reichsrechtlich bisher nur hinsichtlich der Seeversicherung — HGB. §§ 778 ff. — geregelt; vgl. EGBGB. Art. 75).

[2]) So Wilda, Windscheid, Dernburg. Dagegen fanden Thöl und Stobbe das Unterscheidungsmerkmal darin, ob die Beteiligten auf die Entscheidung durch ihre Tätigkeit einwirken; dann liege Spiel, sonst Wette vor. Für das BGB. ist die berühmte Streitfrage infolge der Gleichstellung von Spiel und Wette (S. 631[5]) bedeutungslos, sie besteht aber für das Strafrecht fort, da nur Spiel, nicht auch Wette unter Umständen strafbar ist (StGB. §§ 284, 285, 360[14]).

[3]) D. 11, 5: De aleatoribus; C. 3, 43: De aleae lusu et aleatoribus. Von den 3 leges des Kodextitels sind die ersten beiden erst aus den Basiliken wiederhergestellt (leges restitutae, S. 144), die dritte ist nicht glossiert. Alle drei hatten also keine gemeinrechtliche Bedeutung (S. 150).

[4]) Erlaubt waren nur:

a. Kampfspiele „virtutis causa", D. 11, 5, 2, 1 (vgl. auch

und konnten (C. 3, 43, 1), selbst wenn sie freiwillig gezahlt waren, 50 Jahre lang zurückgefordert werden. Für Verkäufe zur Ermöglichung des Weiterspielens fand keine Evictionshaftung statt (D. 44, 5, 2, 1).

2. **Wetten** (sponsiones) waren dagegen erlaubt und unter dem Gesichtspunkte des Innominatkontrakts klagbar (vgl. D. 19, 5, 17, 5). Wettverträge spielten insbesondere im älteren Civilprozeß eine große Rolle (sacramentum, sponsio).[5])

Achtzehnter Titel. Bürgschaft (BGB. §§ 765—778).

§ 107. Bürgschaft.

a. Begriff.

Bürgschaft (fideiussio)[1]) ist ein Vertrag, durch den sich jemand (Bürge) dem Gläubiger eines Anderen verpflichtet, für die Verbindlichkeit des Anderen **neben diesem** einzustehen.

1. Die Bürgschaft ist hiernach ein Fall kumulativer Interzession (S. 535). Dadurch unterscheidet sich die Bürgschaft von der Schuldübernahme (der **privativen** Interzession), bei der der Eintretende an die Stelle des bisherigen und hierdurch frei werdenden Schuldners tritt[2]). Durch die

---

C. 3, 43, 1, wonach 5 — ihrer Art nach unbekannte — Spiele um höchstens 1 Solidus erlaubt sein sollten);

b. **Unterhaltungsspiele** um das „quod in convivio vescendi causa ponitur" (D. 11, 5, 4, pr.),

[5]) Bei der Rezeption wurde unter dem Einflusse des deutschrechtlichen Grundsatzes: „Spielschulden sind Ehrenschulden" die Spielschuld zu einer natürlichen Verbindlichkeit (S. 472), d. h. sie war unklagbar, aber das darauf Gezahlte konnte nicht zurückgefordert werden. Dies gilt nach BGB. § 762 sowohl für Spiel als auch für Wette.

[1]) I. 3, 20: De fideiussoribus; D. 46, 1, C. 8, 40: De fideiussoribus et mandatoribus.

[2]) Auf alle Fälle des Eintretens für eine fremde Schuld, auch durch expromissio (S. 513) oder Pfandbestellung, bezog sich das SC. **Velleianum** (S. 286), ebenso auch auf die **tacita intercessio**

Haftung für eine fremde Schuld unterscheidet sich ferner die Bürgschaft von der Korrealschuld (S. 539), bei der jeder Schuldner für seine eigene Schuld haftet.

2. Somit ist das Eintreten für eine fremde Schuld ein Begriffsmerkmal der Bürgschaft. Daraus folgt (sog. accessorische Natur der Bürgschaft):

α. daß die Bürgschaft nur rechtsbeständig ist, wenn es die Schuld ist, für die sie übernommen ist (zB. D. 46, 1, 70, 4), jedoch genügt nach rR. eine bloße naturalis obligatio (l. 6 § 2, ll. 7, 16 § 3, l. 60 D. 46, 1);

β. daß die Bürgschaft nicht auf mehr gehen kann, als die Hauptschuld (S. 634).[8])

b. Arten der Bürgschaft.

Man unterscheidet:

1. nach der Art der Haftung des Bürgen dem Gläubiger gegenüber:

α. gewöhnliche (subsidiäre) Bürgschaft;

β. selbstschuldnerische (prinzipale) Bürgschaft;

γ. Schadlosbürgschaft (fideiussio indemnitatis). Bei dieser verpflichtet sich der Bürge nur, dem Gläubiger den Ausfall zu ersetzen, den er beim Schuldner erleiden sollte. Der Schadlosbürge kann daher erst dann verklagt werden, wenn dieser Ausfall ziffernmäßig feststeht (D. 45, 1, 116; 46, 3, 21);

2. nach der Art der durch die Bürgschaft gesicherten Verbindlichkeit:

α. gewöhnliche Bürgschaft (C bürgt dem A für dessen Forderung gegen B);

(Intervention), wobei jemand von vornherein an Stelle und im Interesse eines Dritten eine Schuld auf sich nimmt, zB. ein Darlehen aufnimmt, um einem Freunde ein solches geben zu können; vgl. oben S. 532[2].

[8]) I. 3, 20, 5: Fideiussores ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is pro quo obligantur: nam eorum obligatio accessio est principalis obligationis nec plus in accessione esse potest quam in principali re. at ex diverso, ut minus debeant, obligari possunt. Ebenso BGB. § 767.

β. Nach- oder Afterbürgschaft (der Afterbürge D bürgt dem Gläubiger A für die Erfüllung der Bürgschaftsverpflichtung durch den Hauptbürgen C, A kann sich also hintereinander an B, C, D halten, vgl. D. 46, 1, 27, 4);

γ. Rückbürgschaft (der Rückbürge D bürgt dem Hauptbürgen C für dessen Regreßforderung gegen B).

Der Nachbürge (fideiussor fideiussoris) haftet also dem Gläubiger (freilich erst an zweiter Stelle hinter dem Hauptbürgen), der Rückbürge dem Bürgen.

c. Verbürgungsformen.

Im rR., für welches der Personalkredit eine weitaus größere Bedeutung hatte als der Realkredit (S. 421[4]), war das Eintreten eines zweiten Schuldners in ein bestehendes Schuldverhältnis in drei Rechtsformen möglich: als fideiussio (Verbalkontrakt), als constitutum debiti alieni (pactum praetorium) und als mandatum qualificatum (Konsensualkontrakt).

1. Fideiussio.

α. Die Verbürgungsform des älteren rR. war die stipulatio (S. 477). Für die Stipulationsbürgschaft (adpromissio) bestanden bis auf Justinian drei Rechtsformen (G. 3, 115 ff.):

a. die sponsio (Quod Titius mihi debet, idem dare spondes?), als Rechtsform des ius civile nur römischen Bürgern zugänglich;

b. die fidepromissio (idem fide promittis?), später entstanden und auch Peregrinen zugänglich;

c. die fideiussio (idem fide tua esse iubes?), zuletzt entstanden und im justinianischen Recht allein übrig geblieben[4]).

---

[4]) Die fideiussio weist den beiden älteren Rechtsformen gegenüber in vielfacher Beziehung Fortschritte auf.

a. Während sponsio und fidepromissio nur neben einer durch Verbalkontrakt begründeten Hauptschuld, also einer Stipulationsschuld (S. 476), vorkommen konnten, war die fideiussio neben allen Arten von Schuldverhältnissen zulässig.

β. Die fideiussio des justinianischen Rechts begründet eine streng accessorische Verpflichtung. Sie kann weder „in aliud“ (z.B. neben einer Warenschuld nicht auf Geld) noch „in duriorem causam“ (z.B. für eine bedingte Schuld nicht unbedingt, D. 46, 1, 8, 7) eingegangen werden, sonst ist sie überhaupt nichtig. Ihr Umfang richtet sich nach dem jedesmaligen Bestande der Hauptschuld; der fideiussor haftet daher auch für deren Erweiterungen durch Verzug oder Ver-

---

b. Die Verbindlichkeit aus sponsio und fidepromissio begründete eine ausschließlich persönliche, nicht vererbliche Schuld des Bürgen. Die Verbindlichkeit des fideiussor ging auch auf seine Erben über.

c. Die accessorische Natur der Bürgschaft war nur bei der fideiussio folgerichtig durchgeführt. Sponsio und fidepromissio waren insbesondere verpflichtend, auch wenn die Hauptschuld wegen Geschäftsunfähigkeit des Schuldners nichtig war.

d. Nur auf sponsio und fidepromissio bezogen sich die 3 älteren „leges de sponsu“ (G. 3, 121 ff.).

1. Nach einer lex Publilia (Philonis, 383 v. Chr.?) hatte der Sponsor, falls ihm der Schuldner den verauslagten Betrag nicht binnen 6 Monaten erstattete, eine actio depensi, die unmittelbar vollstreckbar war (manus iniectio pro iudicato) und beim Leugnen auf das doppelte wuchs.

2. Nach einer lex Apuleia (390 v. Chr.?) hatten Mitbürgen (Sponsoren und Fidepromissoren), die mehr als einen Kopfteil gezahlt hatten, einen entsprechenden Regreßanspruch gegen die übrigen.

3. Nach einer lex Furia de sponsu (345 v. Chr.?) sollte jeder Sponsor und Fidepromissor nur zwei Jahre und jeder Mitbürge nur auf einen Kopfteil haften.

4. Nach der (später durch die Praxis auch auf die fideiussio ausgedehnten) lex Cicereia (173 v. Chr.?) sollte der Gläubiger dem Bürgen vor Eingehung der Bürgschaft die Höhe der Schuld und die Zahl der Mitbürgen anzeigen; mangels einer Anzeige konnte der Bürge durch eine dies feststellende Klage (praeiudicium an praedictum sit) sich von der Bürgschaft befreien.

5. Alle Bürgschaftsformen dagegen betraf die lex Cornelia (88 v. Chr.), wonach niemand in demselben Jahre für denselben Schuldner und bei demselben Gläubiger mit mehr als 20000 Sesterzen Bürgschaft leisten sollte.

Keine dieser leges de sponsu ist in das justinianische Recht übergegangen. Sie bezweckten vornehmlich die Entlastung der Patrizier, welche für ihre Klienten (S. 50) gebürgt hatten und verloren diese Bedeutung mit der Änderung der sozialen Verhältnisse.

schulden des Schuldners (für „omnis causa", D. 19, 2, 54, pr., vgl. S. 636).

Ursprünglich hatte der fideiussor — abgesehen von seiner accessorischen Verpflichtung — völlig die Stellung eines Korrealschuldners. Daher wurde der Hauptschuldner durch Litiskontestation mit dem fideiussor befreit (und umgekehrt, vgl. S. 541[4]); ferner konnte sich der Gläubiger auch von vornherein an den Bürgen halten, und endlich haftete jeder von mehreren Mitbürgen als Gesamtschuldner. Später erhält der Bürge eine weniger gefährliche Rechtsstellung. Die „gesamtzerstörliche Wirkung" der Litiskontestation wird durch Justinian beseitigt (S. 541[4]). Der zuerst belangte Bürge kann ferner mit dem in Novelle 4 eingeführten beneficium excussionis personalis s. ordinis regelmäßig die vorherige Belangung des Hauptschuldners verlangen (unten S. 638). Jeder von mehreren Mitbürgen kann sich (seit einer epistola Hadriani) regelmäßig des beneficium divisionis bedienen und damit seine bloße Teilhaftung herbeiführen (unten S. 639). Endlich kann der Bürge bei der Leistung Abtretung der Klage gegen den Schuldner und die Mitbürgen verlangen und dadurch seinen Regreßanspruch durchsetzen (beneficium cedendarum actionum; unten S. 640).

2. Constitutum.

Zu Bürgschaftszwecken kann nach späterem rR.[5]) auch das constitutum (Erfüllungsversprechen, S. 511[3]) benutzt werden, wenn es nicht vom Hauptschuldner (c. debiti pro-

[5]) D. 13, 5: De pecunia constituta; C. 4, 18: De constituta pecunia. Justinian verschmolz in C. 4, 18, 2 das im prätorischen Recht ausgebildete constitutum mit dem dem älteren Recht angehörenden receptum argentarii. Hierbei sagte ein Bankier für einen Geschäftsfreund (meist auf dessen Anweisung) einem Dritten (dem Rezepten) gegenüber „gut". Der Rezept machte diese Schuldübernahme mit einer actio recepticia geltend. Auf dieses receptum beziehen sich, wie Lenel erwiesen hat, die meisten der vom constitutum debiti alieni handelnden Digestenstellen (zB. ll. 12, 27, 28 D. 13, 5); vom eigentlichen constitutum handeln aber zB. ll. 2, 5, §§ 2, 3 D. 13, 5. Vgl. S. 511[3].

prii), sondern von einem Dritten abgegeben wurde (c. debiti alieni).

Das constitutum unterscheidet sich von der fideiussio nach Form und Inhalt.

α. Die fideiussio erfordert Stipulationsform, ist also ein Verbalkontrakt; das constitutum ist als pactum praetorium (S. 491) auch formlos klagbar (actio de pecunia constituta).

β. Die Verpflichtung des fideiussor richtet sich, wie erwähnt, nach dem jedesmaligen Bestande der Hauptschuld. Dagegen übernimmt der Konstituent eine selbständige[6]) Verpflichtung nach Maßgabe der Schuldverpflichtung des Hauptschuldners im Augenblicke der Erfüllungsübernahme. Die später die Hauptschuld treffenden Ereignisse berühren daher Rechtsbeständigkeit und Umfang des constitutum nur soweit, als sie zur Befriedigung des Gläubigers führen. Der Konstituent haftet daher selbst dann, wenn die Hauptschuld später (zB. durch Verjährung, D. 13, 5, 18, 1) untergeht; insbesondere wird der Konstituent durch Litiskontestation des Gläubigers mit dem Hauptschuldner auch schon vor Justinian nicht befreit (D. 13, 5, 18, 3). Andererseits haftet der Konstituent nicht für spätere Erweiterungen der Hauptschuld (zB. durch Erfüllungsverzug). Endlich kann das Konstitut zwar auch nicht auf mehr als die Hauptschuld gehen; eine weitergehende Übernahme ist aber nur hinsichtlich des Übermaßes (nicht, wie bei der fideiussio, überhaupt) nichtig (D. 13, 5, 11, 1). Das Konstitut kann auch auf etwas anderes gehen (zB. Übernahme der Verpflichtung bis zu einem Höchstbetrage neben einer Warenschuld) und unter anderen Nebenbestimmungen, ferner zu einem früheren Termin, für einen anderen Ort, mit einem anderen Gläubiger eingegangen werden als die Hauptschuld (nihil prohibet et aliud pro debito constitui: D. 13, 5, 1, 5; vgl. auch l. 3 § 2, ll. 4, 5, pr. und § 2 D. 13, 5).

---

[6]) Während also der fideiussor nach gemeinrechtlicher Ausdrucksweise dem Gläubiger gegenüber die Stellung eines Korrealschuldners hatte, hatte der Konstituent die eines „bloßen Solidarschuldners" (S. 589[4]).

3. Mandatum qualificatum (Kreditauftrag).

Eine Bürgschaft kann endlich nach späterem rR.[7]) noch unter Benutzung des Mandats (S. 604) in der Weise eingegangen werden, daß jemand einem Anderen den (als Konsensualkontrakt formlos wirksamen) Auftrag erteilt, einem Dritten auf Gefahr des Auftraggebers (Mandator) Kredit zu gewähren oder zu belassen (D. 17, 1, 6, 4 und 12, 14). In dieser Form kann eine Bürgschaft auch vor Begründung der dadurch gesicherten Verbindlichkeit begründet werden (Krediteröffnungsvertrag). Der Kreditauftrag unterliegt als Art des Mandats dessen Grundsätzen: er erlischt insbesondere, wenn Auftraggeber oder Beauftragter vor der Ausführung zurücktreten oder sterben (S. 608).[8])

d. Rechtsverhältnis des Bürgen zum Gläubiger.

1. Aus der accessorischen Natur der Bürgschaft folgt, daß der Bürge sich grundsätzlich[9]) der Einwendungen

---

[7]) Die älteren Juristen behandelten dieses mandatum aliena gratia (S. 606) als bloßen, kein Schuldverhältnis begründenden Rat.

[8]) Im Gem. R. fiel, da die stipulatio nicht rezipiert wurde (S. 491[19]), der Formunterschied zwischen fideiussio und constitutum fort. Beide Verbürgungsformen verschmolzen zu einem einheitlichen Institut, indem die starren, dem modernen Geschäftsverkehre hinderlichen Sätze der fideiussio (als eines negotium stricti iuris, S. 482) durch die freieren Normen des Konstituts gemildert wurden. Daneben kannte das Gem. R. auch das mandatum qualificatum.

Auch im BGB. ist neben der eigentlichen Bürgschaft (§§ 765 bis 777) der Kreditauftrag (§ 778) gesetzlich geordnet. Dieser bedarf insbesondere keiner Form, während eine Bürgschaft, mit Ausnahme der Handelsbürgschaft (HGB. § 350), an die Schriftform gebunden ist (§ 766).

[9]) Ungenau sagt D. 44, 1, 19: Omnes exceptiones, quae reo competunt, fideiussori quoque etiam invito reo competunt.

a. Der Bürge kann sich der höchstpersönlichen Einreden des Hauptschuldners nicht bedienen, so besonders nicht des dem Hauptschuldner zustehenden beneficium competentiae (S. 469), vgl. D. 44, 1, 7, pr.: Exceptiones quae personae cuiusque cohaerent, non transeunt ad alios, veluti ea quam socius habet exceptionem „quod facere possit", vel parens patronusve, non competit fideiussori.

bedienen kann, welche dem Hauptschuldner zustehen; der Bürge kann insbesondere Forderungen des Hauptschuldners zur Aufrechnung stellen (D. 16, 2, 4 und 5; enger BGB. § 770; S. 522).

2. Ein besonderer Rechtsbehelf des Bürgen ist die Einrede der Vorausklage. Nach älterem rR. haftete der Bürge, sofern er sich nicht ausdrücklich als bloßer fideiussor indemnitatis (S. 632) verbürgt hatte, prinzipaliter, d. h. der Gläubiger konnte sich nach seiner Wahl zuerst an den Hauptschuldner oder zuerst an den Bürgen halten (D. 46, 1, 62). In Novelle 4 c. 1 (535 n. Chr.) gab nun Justinian jedem Bürgen (fideiussor, mandator, constituens, S. 633) das beneficium excussionis personalis s. ordinis, d. h. das Recht, zu verlangen, daß der Gläubiger sich erst dann an ihn halte, wenn die Unmöglichkeit, die Leistung vom Hauptschuldner zu erlangen, feststeht (ähnlich BGB. § 771).

Das beneficium excussionis personalis[10]) fällt fort (vgl. BGB. § 773, HGB. § 349):

α. wenn der Bürge sich unter Verzicht darauf als Selbstschuldner verbürgt (selbstschuldnerische Bürgschaft);[11])

β. wenn die Belangung des Hauptschuldners (infolge von Abwesenheit oder festgestellter Mittellosigkeit) aussichtslos ist.

3. Mitbürgen (confideiussores) standen dem Gläubiger nach älterem rR. als einzelne gegenüber. Sie hafteten

---

b. Die exceptio SC. Macedoniani (S. 589) steht nur den Bürgen zu, die gegen den Hauptschuldner Regreß nehmen können (D. 14, 6, 9, 3: nisi forte donandi animo intercesserunt).

c. Nach D. 17, 1, 58, 1 ist dem Bürgen die Berufung auf den vom Hauptschuldner geschlossenen Zwangsvergleich nur gestattet, wenn der Gläubiger diesem zugestimmt hat (nach KO. § 193 Satz 2 überhaupt nicht).

[10]) Über das beneficium excussionis realis (Verweisung des Gläubigers auf einen ihm haftenden Gegenstand) vgl. § 142 c 2 *α*.

[11]) Hierdurch wird die regelmäßig subsidiäre Haftung des Bürgen zur prinzipalen. Dagegen ist auch die selbstschuldnerische Bürgschaft accessorisch mit den S. 634 erwähnten Wirkungen.

also dem Gläubiger jeder auf das Ganze und hatten nur beim Vorliegen eines besonderen Rechtsgrundes Regreß gegeneinander (I. 3, 20, 4). Beides wurde später geändert.

α. Nach einer epistola Hadriani konnte der allein beklagte Mitbürge verlangen (sog. beneficium divisionis), daß der Gläubiger die Forderung auf alle Bürgen verteile, „qui modo solvendo sint litis contestatae tempore" (I. 3, 20, 4). Beim Ableugnen der Bürgschaft, bei Abwesenheit der Mitbürgen und im Falle selbstschuldnerischer Bürgschaft verlor der Beklagte die Rechtswohltat (D. 46, 1, 10, pr. und 1).[12])

β. Zahlt ein Mitbürge mehr als den ihm zukommenden Teil, so kann er vom Gläubiger Abtretung seines Anspruchs gegen die übrigen Bürgen verlangen und daraufhin gegen diese Regreß nehmen (beneficium cedendarum actionum, unten S. 640).

4. Die Bürgschaft endigt:

α. infolge ihrer accessorischen Natur mit dem (völligen, D. 46, 1, 60) Untergange der Hauptschuld[13]);

β. wenn Hauptschuld und Bürgschaftsschuld sich — besonders infolge von Erbgang — in derselben Person vereinigen (D. 46, 1, 21, 3: quoniam quidem nemo potest apud eundem pro ipso obligatus esse), es sei denn, daß die Bürgschaftsschuld dem Gläubiger vorteilhafter ist, zB. weil der Bürge für die Erfüllung seiner Verpflichtung ein Pfand bestellt hat.

e. Rechtsverhältnis des Bürgen zum Schuldner.

Das Verhältnis des Schuldners zum Bürgen, insbesondere die Frage des Regresses, ist nicht aus dem Bürgschaftsvertrage zu entscheiden — denn dieser wird mit dem Gläubiger geschlossen — sondern aus dem die Verbürgung veranlassenden

---

[12]) BGB. § 769 hat das beneficium divisionis beseitigt.

[13]) Vernichtet der Bürge schuldhafterweise den Leistungsgegenstand, so bleibt er verhaftet, obwohl der Schuldner wegen der von ihm nicht zu vertretenden Leistungsunmöglichkeit befreit wird (S. 462); vgl. D. 4, 3, 19.

Rechtsgrunde. Dieser wird regelmäßig Auftrag oder auftragloſe Geſchäftsführung ſein; die Verbürgung kann aber auch donandi animo erfolgen.

Nach älterem rR. hatte der Bürge — abgeſehen von der von beſonderen Vorausſetzungen abhängigen actio depensi, S. 634[4] — nur dann einen Rückgriff gegen den Hauptſchuldner, wenn ihm die actio mandati contraria (Verbürgung kraft Auftrags) oder die actio negotiorum gestorum contraria (Verbürgung kraft auftragloſer Geſchäftsführung) zur Seite ſtand (D. 17, 1, 20, 1), alſo nicht, falls er ſich donandi animo oder gegen Verbot des Hauptſchuldners verbürgt hatte (D. 17, 1, 6, 2). Später gewährte man jedem Bürgen, indem man ihn gewiſſermaßen als Käufer der von ihm bezahlten Forderung behandelt, das beneficium cedendarum actionum, d. h. die Befugnis, zu verlangen, daß ihm der Gläubiger Zug um Zug gegen Erfüllung ſeine Anſprüche gegen den Schuldner (und etwaige Mitbürgen, S. 639) abtrete[14]).

Neunzehnter Titel. Vergleich (BGB. § 779).

§ 108. Vergleich.

a. Begriff und Abſchluß.

1. Vergleich (transactio)[1]) iſt ein Vertrag, durch den der Streit oder die Ungewißheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenſeitigen Nachgebens beſeitigt wird.

2. Da beim Vorliegen einer rechtskräftigen Entſcheidung keine Ungewißheit mehr vorhanden iſt, ſo betrachten die Quellen

[14]) D. 46, 1, 36: non enim in solutum accipit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit. In BGB. § 774 iſt an Stelle dieſer erzwingbaren (cessio necessaria) der Übergang kraft Geſetzes (cessio legis, S. 530) geſetzt. Hat der Gläubiger dem Bürgen die Schuld ſchenkungsweiſe erlaſſen, ſo behält dieſer ſeinen Regreß (D. 17, 1, 10, 13).

[1]) D. 2, 15, C. 2, 4: De transactionibus.

einen Vergleich über einen rechtskräftig entschiedenen Anspruch als unzulässig (D. 2, 15, 7, pr. und 11; 12, 6, 23, 1; anders BGB. § 779 Abs. 2).[2])

3. Der Vergleich ist, soweit es sich um einen wechselseitigen Verzicht handelt, als pactum de non petendo (S. 525) ohne Form verbindlich. Insoweit er die Verpflichtung zu positiven Leistungen begründet, war er als nudum pactum anfänglich unklagbar. Er wurde später aber als Innominatkontrakt behandelt und es wurde daher demjenigen, der seine Leistung bewirkt hatte, eine actio praescriptis verbis auf die im Vergleich versprochene Gegenleistung gewährt.

Vergleiche über zukünftige Alimente bedürfen der gerichtlichen Bestätigung. Eine oratio Mark Aurels bestimmte dies zunächst für vermachte Alimente (D. 2, 15, 8, pr. und 2), Gordian (C. 2, 4, 8) erstreckte dies auf alle künftigen Alimente (ähnlich BGB. §§ 1714, 1822[12]).

b. Wirkungen des Vergleichs.

Der Vergleich soll den Streit der Parteien gleich einem rechtskräftigen Urteile beenden (C. 2, 4, 20: non minorem auctoritatem transactionum quam rerum iudicatarum esse). Ebenso wie die durch Urteil muß daher die durch Vergleich geschaffene Rechtslage unanfechtbar sein. Der Abschluß des Vergleichs unterliegt daher zwar den gleichen Anfechtungsgründen (wegen Zwangs, Betrugs, Irrtums) wie jeder Vertrag. Insbesondere ist der Vergleich anfechtbar, wenn der von den Parteien als feststehend zu Grunde gelegte Sachverhalt der Wirklichkeit nicht entspricht (BGB. § 779); dagegen kann ein Irrtum über die von den Parteien als zweifelhaft behandelten Punkte die Unwirk-

[2]) Aus D. 2, 15, 6: De his controversiis, quae ex testamento proficiscuntur, neque transigi neque exquiri veritas aliter potest quam inspectis cognitisque verbis testamenti folgerte man ferner die Unzulässigkeit eines Vergleichs unter den Erben vor der Testamentseröffnung; gemeint ist aber in der Stelle nur die tatsächliche Unmöglichkeit eines solchen Vergleichs, nicht dessen rechtliche Unzulässigkeit.

samkeit nicht herbeiführen; denn dagegen soll der Vergleich ja gerade schützen[3]).

Zwanzigster Titel. Schuldversprechen. Schuldanerkenntnis (BGB. §§ 780—782).

§ 109. Abstrakte Schuldverträge.

Die vertragsmäßige Übernahme einer Leistungspflicht kann gleich der Eingehung anderer Rechtsgeschäfte (S. 272) erfolgen: entweder unter Hervorhebung des rechtlichen Zwecks (der causa, kausaler Schuldvertrag, zB.: „Ich verpflichte mich, an B für das mir am 1. Juni 1904 zu übergebende, von ihm gekaufte Pferd am 1. Juli 1904 1000 Mk. zu zahlen") oder ohne eine solche Hervorhebung (abstrakter Schuldvertrag, zB.: „Ich verpflichte mich am 1. Juli 1904 an B 1000 Mk. zu zahlen"). Dies abstrakte Schuldversprechen hat wegen der Loslösung von der unterliegenden causa einen größeren wirtschaftlichen Wert, als das kausale. Denn bei letzterem muß der Gläubiger bei Geltendmachung seines Anspruchs im Falle des Bestreitens des Schuldners beweisen, daß die causa (die Übergabe des gekauften Pferdes) verwirklicht ist, während das abstrakte Schuldversprechen ohne weiteres den Anspruch begründet und es Sache des Schuldners ist, nachzuweisen, daß er trotz dieses Versprechens nichts schulde; vgl. S. 272.

---

[3]) Auch wenn nach Abschluß des Vergleichs (zB. durch Auffindung von Urkunden) die als zweifelhaft behandelten Punkte aufgeklärt werden (C. 2, 4, 19: Sub praetextu instrumenti post reperti transactionem bona fide finitam rescindi iura non patiuntur). Ist also in einem Testament der gesetzliche Erbe A und neben ihm ein nicht gesetzlicher Erbe B eingesetzt und findet A den B wegen seiner Erbansprüche mit 10,000 Mk. ab, so ist, falls das Testament später wegen eines Formfehlers als nichtig festgestellt wird, der Vergleich anfechtbar, wenn der Streit der Parteien sich nur auf die Höhe des dem B gehörenden Teils beschränkte, die Parteien die Rechtsgültigkeit des Testaments also zu Grunde legten, dagegen unanfechtbar, wenn der Streit sich auf die Rechtsgültigkeit des Testaments bezog. Über den Umfang des Vergleichs vgl. D. 2, 15, 5: lites, de quibus non est cogitum, in suo statu retinentur.

Der wichtigste Schuldvertrag des rR., die stipulatio, war anfänglich ein abstraktes Geschäft; allmählich wandelte sie sich jedoch in ein kausales Geschäft um, indem eine der Angabe eines Schuldgrunds entbehrende cautio indiscreta für sich keinen genügenden Klagegrund bildete, vielmehr durch den dem Gläubiger obliegenden Nachweis der unterliegenden causa ergänzt werden mußte (S. 481).[1])

Einundzwanzigster Titel. Anweisung (BGB. §§ 783—792).

§ 110. Die Anweisung.

Anweisung (Assignation) ist eine Erklärung, durch die jemand (Anweisender, Assignant) einen Anderen (Angewiesener, Assignat) ermächtigt, an einen Dritten (Anweisungsempfänger, Assignatar) für Rechnung des Anweisenden zu leisten, und durch die er gleichzeitig den Dritten ermächtigt, diese Leistung bei dem Angewiesenen im eigenen Namen zu erheben (vgl. BGB. § 783).

Die Anweisung ist also eine Leistungs- und Einziehungsermächtigung. Sie hat sich erst im modernen Rechtsverkehr zu einem selbständigen Rechtsinstitut entwickelt[1]) und ist daher erst im Lehrbuche zu behandeln (L. II § 90).

---

[1]) Dem Gem. R., in welches die stipulatio überhaupt nicht übergegangen war (S. 191[10]), waren hiernach abstrakte Schuldverträge anfänglich fremd. Über die spätere Entwickelung und das BGB. vgl. oben S. 482[11].

[1]) Die Ermächtigung zu einer Einziehung oder zur Bewirkung einer Leistung war freilich auch schon dem rR. bekannt (iussus, delegatio; vgl. zB. D. 50, 17, 180: Quod iussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset); sie unterstand aber nicht besonderen Grundsätzen, wie die heutige Anweisung. Vielfach beruht eine derartige Ermächtigung auf Auftrag und das frühere Gem. R. unterstellte sogar jede Anweisung — als ein aus einem mandatum solvendi und einem mandatum accipiendi zusammengesetztes Doppelmandat — den Grundsätzen des Auftrags. Tatsächlich beruht die Anweisung, also die Leistungs- und Einziehungsermächtigung, ebenso

Zweiundzwanzigster Titel. Schuldverschreibung auf den Inhaber (BGB. §§ 793–808).

§ 111. Wertpapiere.

a. Wertpapier ist eine Urkunde, in welcher ein Recht verbrieft ist, dessen Verwertung durch die Innehabung der Urkunde bedingt ist. Nur wer die Urkunde hat, kann das Recht ausüben. Dadurch unterscheidet sich das Wertpapier:

1. von solchen Urkunden, welche lediglich die Bedeutung von Beweismitteln haben (sog. schlichte Beweisurkunden, zB. der Darlehnsschuldschein);

2. von solchen Urkunden, die zwar für die Entstehung des Rechts von Bedeutung sind, weil das Recht die Schriftform vorschreibt (sog. Dispositivurkunden, vgl. zB. BGB. §§ 313, 780, 781), nicht aber für die Verwertung des einmal rechtsgültig entstandenen Rechts.

b. Ist hiernach ein Wertpapier nur eine solche Urkunde, ohne deren Innehabung das darin verbriefte Recht nicht geltend gemacht werden kann, so folgt daraus doch nicht, daß jeder Inhaber des Wertpapiers zur Geltendmachung

---

wie die Vollmacht (S. 343[7]) zwar häufig, aber durchaus nicht immer auf einem Auftrag; sie wird vielmehr vielfach im ausschließlichen Interesse des Empfängers gegeben und es besteht für diese Fälle nicht — wie beim Auftrag — eine Pflicht zur Einziehung. Erst das moderne Recht ist durch Ausbildung besonderer Rechtsgrundsätze der Eigenart des Instituts gerecht geworden. Als einzigen Sondergrundsatz des rR. pflegt man den Satz zu bezeichnen: qui delegat, solvit, d. h. gibt A seinem Gläubiger B eine Anweisung auf seinen Schuldner C und verpflichtet sich C darauf dem B, so ist A befreit (D. 17, 1, 26, 2; 46, 1, 18; 50, 16, 187). Dieser Satz ist aber nur eine natürliche Folge des Umstands, daß durch Annahme des C als Schuldners an Stelle des A das Forderungsrecht des B gegen A durch Novation beseitigt ist (S. 512[9]). Für das Gem. R. und das BGB. (vgl. § 788) gilt dagegen der umgekehrte Satz: Anweisung ist keine Zahlung, d. h. die Schuld des A gegen B wird nicht schon durch die Annahme der Anweisung seitens des C, welche heute eine Novation nicht mehr herbeiführt, getilgt, sondern erst, wenn C wirklich zahlt.

des Rechts befugt ist. Vielmehr muß man nach der Art, in der die Befugnis zur Geltendmachung des Rechts bestimmt ist, unterscheiden:

1. Rektapapiere, wenn der im Papier Benannte (oder sein nach den allgemeinen Grundsätzen sich bestimmender Rechtsnachfolger),

2. Orderpapiere, wenn der im Papier Benannte oder derjenige, der das Papier laut „Order" des ersteren erlangt hat, also der papiermäßig Legitimierte,

3. Inhaberpapiere, wenn jeder Papierinhaber zur Geltendmachung des verbrieften Rechts berufen ist.

c. Die Lehre von den Wertpapieren entstammt dem deutschen Recht und hat ihre Ausbildung im modernen Recht erhalten. Ihre Darstellung hat daher in der deutschen Rechtsgeschichte (D. §§ 45, 50) und im Lehrbuch (L. II §§ 91 ff.) zu erfolgen.

Dreiundzwanzigster Titel. Vorlegung von Sachen (BGB. §§ 809—811).

§ 112. Vorlegung von Sachen und Urkunden.

a. Exhibition[1]).

Wer einen (dinglichen oder obligatorischen) Anspruch auf eine Sache hat, ist berechtigt, deren Vorweisung (Vorlegung, Gestattung der Besichtigung) seitens des Inhabers mit einer actio (arbitraria, S. 386) ad exhibendum zu verlangen (D. 10, 4, 2: Exhibere est facere in publico potestatem, ut ei qui agat experiundi sit copia).

[1]) D. 10, 4: Ad exhibendum, anschließend an die drei Teilungsklagen (S. 627). Besondere Vorschriften galten für die Exhibition eines freien Menschen (interdictum de homine libero exhibendo, D. 43, 29, C. 8, 8) und der Gewaltunterworfenen (interdictum de uxore exhibenda et ducenda, de liberis exhibendis, D. 43, 30, C. 8, 8); vgl. jetzt BGB. § 1632. Vgl. ferner über die Verpflichtung zur Gestattung des Aufliesens von Früchten (interdictum de glande legenda) unten S. 726.

Der Hauptfall (D. 10, 4, 1) war die Klage des Eigentümers einer mit einer anderen verbundenen Sache auf Vorweisung dieser Sache als einer selbständigen, d. h. unter Herbeiführung der Trennung[2]). Denn die rei vindicatio kann nach rR. nur auf eine selbständige Sache gehen (D. 6, 1, 23, 5). In diesem Falle dient also die actio ad exhibendum zur Vorbereitung der rei vindicatio. Sie ist aber auch zulässig zur Vorbereitung sonstiger dinglicher Ansprüche (D. 10, 4, 3, 3), sowie zur Ermöglichung der Geltendmachung eines Wahlrechts (D. 10, 4, 3, 6) oder der Abholung einer in den Machtbereich eines Anderen gelangten Sache (D. 10, 4, 5, 4 und 5).[3])

b. Edition[4]).

In noch weiterem Umfange ist der Besitzer einer Urkunde zu deren Vorlegung (Edition) verpflichtet. Insbesondere muß der Besitzer einer letztwilligen Verfügung diese jedem vorlegen, der den Kalumnieneid leistet (interdictum de tabulis exhibendis, D. 43, 5, C. 8, 7), d. h. schwört, daß er ein Interesse an der Vorlegung hat, diese nicht aus bloßer Chikane verlangt. Ferner kann jede Partei vom Gegner im Prozesse die Vorlegung seiner Geschäftsbücher verlangen (C. 2, 1, 5 und 6), der Fiskus sogar die Vorlegung aller für ihn erheblichen Urkunden (D. 49, 14, 2,

---

[2]) D. 10, 4, 6: Gemma inclusa auro alieno vel sigillum candelabro vindicari non potest, sed ut excludatur, ad exhibendum agi potest: aliter atque in tigno iuncto aedibus, de quo nec ad exhibendum agi potest, quia lex duodecim tabularum solvi vetaret: sed actione de tigno iuncto ex eadem lege in duplum agitur; vgl. S. 242[6] und §§ 114[7], 125 a 1, 129 c.

[3]) Auch das BGB. gewährt in § 809 jedem Interessenten ein Exhibitionsrecht; doch ist seine Bedeutung nicht mehr so groß wie im rR., denn der Eigentumsanspruch setzt heute vorgängige Sonderung des herauszugebenden Gegenstands nicht mehr voraus und die Herausgabepflicht hinsichtlich der zufällig in den Machtbereich eines Anderen gelangten Sachen ist in § 867 besonders geordnet. Etwas ähnliches kannte schon das rR. (D. 10, 4, 15: interdictum oder actio de thesauro, S. 720[6]).

[4]) D. 2, 13, C. 2, 1: De edendo.

1 und 2); Argentarien (S. 635[5]) sind zur Vorlegung ihrer Geschäftsbücher an die Interessenten auch außerhalb eines Prozesses verpflichtet (D. 2, 13, 4 und 6). Endlich verordnete Justinian in der (nicht glossierten, daher — S. 150 — nicht Gemeines Recht gewordenen) l. 22 C. 4, 21, daß jeder Inhaber einer Urkunde sie jedem Interessenten vorweisen müsse, wenn er hierdurch nicht Schaden erleide[5]).

Wer eine Vorlegung, zu der er verpflichtet ist, verweigert, haftet auf das Interesse (D. 2, 13, 6, 4; 10, 4, 9, 8; 43, 5, 3, 11—15).

Vierundzwanzigster Titel.

Ungerechtfertigte Bereicherung (BGB. §§ 812—822).

§ 113. Ungerechtfertigte Bereicherung.

a. Begriff.

1. Ungerechtfertigt bereichert ist, wer durch die Leistung eines Anderen (zB. Auflassung, Übergabe, Abtretung, Erlaß) oder in sonstiger Weise (zB. Wegnahme, Zulaufen eines Tieres) etwas ohne rechtlichen Grund, d. h. ohne einen den Rechtsübergang rechtfertigenden Umstand (iusta causa), erlangt hat[1]).

2. Die ungerechtfertigte Bereicherung muß dem Geschädigten zurückgewährt werden (D. 50, 17, 206: Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem, BGB. § 812). Die Beseitigung einer ungerechtfertigten Vermögensverschiebung ist nun auf verschiedenen Wegen möglich:

---

[5]) Über die Editionspflicht nach Reichsrecht vgl. BGB. §§ 810, 811, HGB. §§ 45 ff., CPO. §§ 142 ff., 422 ff.

[1]) Die bloße Tatsache, daß jemand auf Kosten eines Anderen bereichert ist, genügt also nicht, denn dies tritt auch bei jeder unentgeltlichen Zuwendung ein; vgl. D. 12, 7, 1, 3: Constat id demum posse condici alicui, quod vel non ex iusta causa ad eum pervenit vel redit ad non iustam causam.

α. Zuweilen ist ein dinglicher Anspruch gegeben, nämlich dann, wenn die Vermögensverschiebung nur tatsächlich, aber noch nicht rechtlich eingetreten ist (zB. A stiehlt dem B eine Uhr: B klagt auf Grund des bei ihm verbliebenen Eigentums mit der rei vindicatio auf Rückgabe).

β. In anderen Fällen ist dagegen nur ein persönlicher Ersatzanspruch gegeben, nämlich dann, wenn die Vermögensverschiebung auch rechtlich schon bewirkt, insbesondere dem Geschädigten das Eigentum eines Vermögensstückes verloren gegangen ist. Hierbei sind wieder zwei Fälle zu unterscheiden:

a. Es besteht zwischen dem Geschädigten und dem rechtlos Bereicherten ein Vertragsverhältnis: dann dient die Vertragsklage zur Herbeiführung des Ausgleichs. Hat B zB. das ihm von A zur Verwahrung gegebene Geld verbraucht, so klagt A mit der actio depositi directa auf Ersatz.

b. Es besteht zwischen dem Geschädigten und dem rechtlos Bereicherten kein Vertragsverhältnis; dann ist weiter zu unterscheiden:

1) Die Herbeiführung der Vermögensverschiebung stellt ein Delikt dar: dann kann der Geschädigte den Ersatz mit der Deliktsklage erlangen. Hat zB. B dem A eine Sache gestohlen und sie verbraucht, so haftet er ihm mit der actio furti.

2) Für die übrigen Fälle, wenn also weder eine dingliche, noch eine Kontrakts-, noch eine Deliktsklage gegeben ist, hat das rR. zur Beseitigung einer ungerechtfertigten Vermögensverschiebung besondere, subsidiär anwendbare Rechtsbehelfe geschaffen: die Kondiktionen[1a]). Diese sind hier-

---

[1a]) Condictio (S. 391[14]) bedeutete ursprünglich actio stricti iuris. Sie konnte deshalb anfänglich nur auf eine genau bestimmte Leistung gehen (condicti certi, d. h. certae pecuniae, und condictio triticaria), erst später auch auf ein incertum (condictio incerti). Später übertrug man den Ausdruck auf die Fälle, in denen Vermögensstücke außerhalb eines Kontrakts und ohne Rechtsgrund übergingen. Die Kondiktionen wurden daher gemeinrechtlich unter den obligationes quasi ex contractu (S. 431[9]) behandelt.

nach persönliche Klagen auf Beseitigung einer einer iusta causa entbehrenden Vermögensverschiebung[2]) in Fällen, in denen weder eine Kontrakts- noch eine Deliktsklage anwendbar ist. Sie sind hauptsächlich dann verwendbar, wenn ein Vermögensstück durch ein (abstraktes, S. 642) dingliches Rechtsgeschäft aus dem Vermögen des Einen in das des Anderen überführt worden ist, während ein dieser Eigentumsübertragung zu Grunde liegendes Kausalgeschäft nicht vorhanden oder nicht wirksam ist.

Die Kondiktionen im weiteren Sinn (einschließlich der condictiones certi und triticaria) finden sich im 12. und 13. Buch der Digesten und im 4. Buch des Kodex:

D. 12, 1: De rebus creditis si certum petetur et de condictione (C. 4, 1: De rebus creditis et de iure iurando; 4, 2: Si certum petatur);
D. 12, 4: De condictione causa data causa non secuta (C. 4, 6: De condictione ob causam datam);
D. 12, 5: De condictione ob turpem vel iniustam causam (C. 4, 7: De condictione ob turpem causam: 4, 9: De condictione ex lege et sine causa vel iniusta causa);
D. 12, 6 (C. 4, 5): De condictione indebiti;
D. 12, 7 (C. 4, 9): De condictione sine causa;
D. 13, 1 (C. 4, 8): De condictione furtiva;
D. 13, 2 (C. 4, 9): De condictione ex lege;
D. 13, 3: De condictione triticaria.

[2]) In einem Falle gewährt das rR. eine condictio, obwohl eine Vermögensverschiebung noch garnicht eingetreten und neben der hiernach zulässigen Eigentumsklage außerdem noch eine Deliktsklage gegeben ist, nämlich im Falle des furtum (proditum est neminem rem suam nisi furi condicere posse, D. 7, 9, 12 i. f.) Hierbei kann der Dieb (nicht auch sein Gehülfe, D. 13, 1, 6) außer mit der rei vindicatio und der actio furti (unten S. 658) auch mit einer condictio furtiva (D. 13, 1, C. 4, 8) belangt werden (I. 4, 6, 14: odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur; D. 13, 1, 1: In furtiva re soli domino condictio competit). Die condictio furtiva — die auch weniger den Charakter einer Bereicherungsklage als den einer Deliktsklage hatte — hatte jedoch ihre selbständige Bedeutung; sie geht weiter als die rei vindicatio (unten § 129 d), insofern sie — nach dem Grundsatze „semper moram fur facere videtur" (S. 464), auf vollen Schadensersatz geht (D. 13, 1, 8 und 20) und weiter als die actio furti, insofern sie unbeschränkt (vgl. unten S. 655) auch gegen die Erben des Diebes geht (D. 13, 1, 9).

Über die condictio possessionis vgl. unten S. 702[10].

b. Die einzelnen Kondiktionsfälle.

Neben der allgemeinen Bereicherungsklage (condictio sine causa) gibt es für einzelne Tatbestände noch besondere Kondiktionen. Man unterscheidet unter diesen: condictiones ob causam futuram und ob causam praeteritam, je nachdem die Leistung, deren Rückgewähr beansprucht wird, bewirkt worden ist zur Herbeiführung eines künftigen Erfolges (so die cond. causa data causa non secuta, und die cond. ob turpem causam) oder aus einem in der Vergangenheit liegenden Anlasse (so die condictio indebiti und die condictio ob iniustam causam).

1. Condictio indebiti (D. 12, 6, C. 4, 5; BGB. §§ 813, 814).

α. Zurückgefordert werden kann, was auf eine vermeintliche, aber in Wahrheit nicht bestehende Schuld geleistet ist.

a. Zurückgefordert kann nicht werden, was geleistet ist:

1) in Kenntnis der Nichtverpflichtung (D. 12, 6, 1, 1: si sciens se non debere, solvit, cessat repetitio, ebenso BGB. § 814)[3]) oder in unentschuldbarer[4]) Unkenntnis (D. 22, 3, 25, pr. i. f., anders BGB. § 814);

2) auf eine Naturalobligation (S. 472, ähnlich BGB. § 814, vgl. §§ 222, 343, 655, 656, 762);

3) auf eine Schuld, welche sich (wie zB. eine Urteilsforderung) verdoppelt, wenn der Schuldner es auf ein Urteil ankommen läßt (I. 3, 27, 7: ex quibus causis infitiando lis crescit, ex his causis non debitum solutum repeti non posse), weil hier die Zahlung als zur Vermeidung der

---

[3]) Dann wird Schenkung unterstellt; D. 50, 17, 53: Cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio est. Wird diese Unterstellung durch einen Vorbehalt des Leistenden ausgeschlossen, so findet Rückforderung statt (D. 12, 6, 2, pr., C. 4, 5, 11).

[4]) Als unentschuldbar gilt in der Regel der Rechtsirrtum (S. 294), auf den daher die condictio indebiti nicht gegründet werden kann (D. 22, 6, 9, 5); anders nach BGB., da nach § 814 nur Zahlung in Kenntnis der Nichtschuld die Rückforderung ausschließt.

Doppelzahlung geschehen unterstellt wird (ähnlich D. 12, 6, 42: Poenae non solent repeti, cum depensae sunt);

4) auf eine noch nicht fällige Schuld (D. 12, 6, 10: In diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit, anders natürlich wenn auf eine suspensiv-bedingte Schuld pendente condicione geleistet wird, D. 12, 6, 16, pr.); der vorzeitig Zahlende kann auch nicht die Erstattung des interusurium verlangen (S. 453); ebenso BGB. § 813 Abs. 2.

b. Dagegen kann zurückgefordert werden, was geleistet ist:

1) auf eine bestehende, aber durch eine peremtorische Einrede (S. 402) entkräftbare Schuld[5]), ebenso BGB. § 813 Abs. 1;

2) auf eine Schuld, die durch Aufrechnung hätte getilgt werden können (D. 16, 2, 10, 1: Si quis igitur compensare potens solverit, condicere poterit quasi indebito soluto; anders BGB.);

3) auf eine fremde Schuld, die der Zahlende für eine eigene hält[6]);

4) wenn auf eine Wahlschuld beide Gegenstände geleistet sind, einer derselben nach Wahl des Leistenden, falls er die Wahl auch vorher hatte (S. 436), vgl. C. 4, 5, 10;

5) als Speziesschuld, während in Wahrheit eine Genusschuld bestand; dann kann ein anderer Gegenstand geleistet werden (D. 12, 6, 32, 3).

---

[5]) D. 12, 6, 26, 3: Indebitum autem solutum accipimus non solum si omnino non debeatur, sed et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat: quare hoc quoque repeti poterit, nisi sciens se tutum exceptione solvit (Anm. 3).

[6]) D. 12, 6, 65, 9: Indebitum est non tantum, quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur, si alii solvatur, aut si id quod alius debebat alius quasi ipse debeat solvat. Zahlt aber jemand wissentlich eine fremde Schuld (S. 449), wenn auch in der irrigen Meinung, dazu dem Schuldner gegenüber verpflichtet zu sein, so hat er die condictio indebiti nicht; D. 12, 6, 44: Repetitio nulla est ab eo qui suum recepit, tametsi ab alio quam vero debitore solutum est.

β. An sich muß der zurückfordernde Kläger beweisen, daß auf eine Nichtschuld gezahlt ist (ebenso BGB.). Nach rR. ist aber der Beklagte beweispflichtig, wenn er frivoler Weise den Empfang der Leistung bestreitet oder der Leistende eine geschäftsunkundige Person ist[7]).

2. Condictio causa data causa non secuta[8]) oder ob causam datam oder ob rem (D. 12, 4, C. 4, 6; vgl. BGB. § 815).

Diese condictio greift Platz, wenn eine Leistung zur Herbeiführung eines zukünftigen erlaubten Erfolges (ob causam futuram non inhonestam) gemacht wird, der bezweckte Erfolg aber nicht erreicht wird; zB. A händigt dem Bräutigam seiner Tochter 10000 Mk. als Mitgift ein, die Tochter stirbt vor der Hochzeit (D. 12, 4, 7, 1); A entläßt seinen Schuldner B, der sich verpflichtet, ihm C als neuen Schuldner zu stellen, C gibt die Verpflichtungserklärung nicht ab (D. 12, 4, 4). Ihre Hauptanwendung fand diese Klage bei den Innominatkontrakten (S. 489) und dem Modus (S. 570).

3. Condictio ob turpem und ob iniustam causam (D. 12, 5, C. 4, 7; BGB. § 817).

Mit der cond. ob turpem causam wird das zu einem zukünftigen unsittlichen Zwecke (ob causam futuram, zB. Nichtanzeige eines Verbrechens), mit der cond. ob iniustam causam das aus einem in der Vergangenheit liegenden unsittlichen Grunde (ob causam praeteritam, zB. Wucherzinsen) Gegebene zurückgefordert. Vorausgesetzt ist, daß die Unsittlichkeit nur auf seiten des Empfängers, nicht auf seiten des Gebers vorliegt; bei beiderseitiger turpitudo fällt das Rückforderungsrecht fort[9]). Bei bloßem Versprechen ex

---

[7]) Vgl. die lehrreiche Stelle D. 22, 3, 25, pr. und 1.

[8]) Das bedeutet sprachlich: eine Rückforderung, weil der Zweck nicht nachfolgte (causā non secutā ist also ablativus absolutus) dem um eines Zwecks willen Gegebenen (causā datā; causa ist Ablativ, abhängig von data; dieses ist accusativus pluralis von datum); vgl. D. 19, 5, 5, 1 („quasi ob rem datum re non secuta").

[9]) „In pari turpitudine melior est causa possidentis". Vgl. D. 12, 5, 3 und 6; ferner D. 12, 5, 4, 3: Sed quod mere-

turpi causa steht der Klage auf Erfüllung die exceptio doli entgegen (D. 12, 5, 8).

4. Condictio sine causa (D. 12, 7, C. 4, 9; BGB. § 812).

Greift keine der vorerwähnten Sonderklagen ein, so ist subsidiär die allgemeine condictio sine causa anwendbar. Es kann sich hierbei um einen von vornherein grundlosen Erwerb handeln (zB. A übergibt dem B 1000 Mk. als Darlehen, B nimmt sie als Schenkung an, oben S. 294, oder der Fall der sog. condictio Iuventiana, Irrtum über die Person des Darlehnsgebers, oben S. 294[6]; vgl. ferner zB. D. 12, 1, 23 und 24, 1, 6); oder um einen durch späteren Fortfall der ursprünglich vorhanden gewesenen causa grundlos gewordenen Erwerb (sog. condictio causa finita), zB. beim Widerruf einer Schenkung wegen Undankbarkeit (S. 568), bei der Rückforderung der arra sowie der Schuldurkunde nach vollständig erfülltem oder aufgehobenem Vertrage (D. 12, 7, 2; 19, 1, 11, 6, S. 502, C. 4, 9, 2).

c. Gegenstand der Kondiktion:

Der Verpflichtete haftet auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung, d. h. bei Geldschulden auf „tantundem", bei anderen Fungibilien und sonstigen Gegenständen auf „ipsum" (D. 12, 6, 7), so daß aber zB. bei Konsumtion des Empfangenen der Preis zu erstatten ist (D. 12, 6, 665, 6). Accessionen und Früchte sind herauszugeben (D. 12, 65, 5); jedoch werden Zinsen gemäß der strikten Natur dieser Klagen gewöhnlich nicht geschuldet (C. 4, 7, 4). Unter Umständen geht der Anspruch auf Schadensersatz zB. infolge Unredlichkeit des Empfängers (D. 12, 6, 65, 8) oder es haftet der wissentlich eine Nichtschuld Annehmende wie ein fur, d. h. auch für casus (D. 13, 1, 18, D. 13, 1, 8, 1); vgl. BGB. §§ 818—820.

---

trici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt, sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitudo versatur, sed solius dantis: illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix. Vgl. noch StGB. § 335 (das zur Bestechung Gegebene verfällt dem Staate).

Fünfundzwanzigster Titel. Unerlaubte Handlungen (BGB. §§ 823—853).

§ 114. Obligationes ex delicto.

a. Begriff des Delikts.

1. Delikt (im BGB. unerlaubte Handlung) ist jede schuldhafte rechtswidrige Verletzung fremder rechtlich geschützter Interessen (Liszt). Ein solcher rechtswidriger Eingriff kann im entwickelten Rechtssystem den Täter in doppelter Weise verantwortlich machen.

α. Der Eingriff kann im öffentlichen Interesse mit einer öffentlichen Strafe belegt sein (crimen publicum, oben S. 173, strafbare Handlung im Sinne der Strafgesetze).

β. Der Eingriff kann aber auch[1]) civilrechtliche Folgen nach sich ziehen, dergestalt, daß der Täter den Verletzten zu entschädigen hat. Dies kann nur in Geld geschehen und die Entschädigungspflicht tritt daher nach rR. stets, nach modernem Recht wenigstens grundsätzlich nur bei solchen Delikten ein, die die Vermögenssphäre betreffen (oben S. 495).

2. Die strenge Sonderung der strafrechtlichen und der civilrechtlichen Folgen eines Delikts, die auch in verschiedenen Verfahrensarten (Strafprozeß, Civilprozeß) geltend zu machen sind, ist erst ein Ergebnis der neueren Rechtsentwickelung. Das Strafensystem des rR. war sehr lückenhaft (S. 168); zu seiner Ergänzung dienten die civilrechtlichen Deliktsklagen, welche deshalb vielfach nicht bloß auf Schadensersatz gingen (actiones rei persecutoriae), sondern auf Erlegung einer Strafe an den Kläger (actiones poenales), sei es

[1]) Es gibt unerlaubte Handlungen, die nur strafrechtliche, nicht auch civilrechtliche Folgen nach sich ziehen (zB. Majestätsbeleidigung), ferner solche, die nur civilrechtliche, nicht auch strafrechtliche Folgen haben (nicht strafbar ist die fahrlässige Sachbeschädigung, vgl. StGB. § 303) und endlich auch solche, die den Täter sowohl strafrechtlich als auch civilrechtlich verantwortlich machen (zB. Diebstahl, vorsätzliche Sachbeschädigung).

anstatt des Schadensersatzes (actiones mere poenales) oder daneben (actiones mixtae); vgl. S. 389.

Aus dem Charakter der actiones poenales als privater Strafklagen erklärt sich ihre von der Behandlung anderer civilrechtlicher Ansprüche abweichende rechtliche Gestaltung.

α. Bestraft werden kann nur der Täter. Während daher die actiones rei persecutoriae passiv vererblich sind, gehen die actiones poenales nicht gegen den Erben, außer auf die Bereicherung[2]).

β. Strafklagen, welche eine persönliche Genugtuung des Verletzten bezwecken (actiones vindictam spirantes), sind bis zur Litiskontestation (S. 409) unvererblich; die sonstigen Strafansprüche bilden aber einen Bestandteil des Vermögens des Verletzten und sind daher aktiv vererblich.

γ. Die actiones rei persecutoriae bezwecken Entschädigung des Verletzten; die von einem der mehreren Mittäter geleistete Entschädigung befreit deshalb alle. Dagegen gehen die actiones poenales ihrem Strafcharakter entsprechend gegen jeden der mehreren Deliktsgenossen in voller Höhe. Hier gilt also das Prinzip der Kumulation, dort das der Solidarhaftung (S. 537[2] ff.).

3. Nicht jeder rechtswidrige Eingriff in ein fremdes Rechtsgut macht den Täter verantwortlich. Zu der objektiven Rechtswidrigkeit muß nämlich die subjektive Rechtswidrigkeit treten, d. h. dem Täter muß, wie auch die S. 654 gegebene Begriffsbestimmung des Delikts zeigt, ein Verschulden zur Last gelegt werden können[3]). Das rR. ging sogar noch weiter: nicht jeder schuldhafte rechtswidrige Eingriff galt als Delikt. Zwar macht vorsätzlich rechtswidriges Handeln den Täter stets verantwortlich (actio doli, sofern

[2]) Über die spätere Einschränkung dieses Grundsatzes vgl. oben S. 409[6].

[3]) Anders das deutsche Recht, welches auf dem sog. Veranlassungsprincip beruhte (S. 169). Auch das BGB. hat das dem rR. zu Grunde liegende Verschuldensprinzip angenommen, jedoch mit einzelnen Ausnahmen; vgl. §§ 827—829 (Haftung unzurechnungsfähiger Personen), 830—832, 840 (Haftung für Verschulden anderer), 833—835 (Haftung für Tierschaden).

keine Sonderklage Platz greift, S. 299); bloß fahrlässig rechtswidriges Handeln dagegen macht den Täter nur dann verantwortlich, wenn die Handlung den Tatbestand eines der anerkannten Privatdelikte (unten b) oder Quasidelikte (unten c) erfüllte. Allmählich wurde das Anwendungsgebiet der einzelnen Delikte von der Praxis durch Gewährung von actiones utiles und in factum sehr erweitert; das rR. hat sich aber auch auf der Höhe seiner Entwickelung nicht zu einem allgemeinen Deliktsbegriffe und zu dem Grundsatze durchgerungen, daß jedes schuldhafte rechtswidrige Handeln den Täter verantwortlich mache (anders BGB. § 823).

b. Die einzelnen Privatdelikte.

1. Furtum (D. 47, 2, C. 6, 2: De furtis).

α. Begriff.

a. Furtum[4]) est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve (D. 47, 2, 1, 3).[5]) Als furtum gilt

---

[4]) Über die Terminologie des Wortes furtum vgl. D. 47, 2, 1, pr.: Furtum a furuo, id est nigro dictum Labeo ait, quod clam et obscuro fiat et plerumque nocte: vel a fraude, ut Sabinus ait: vel a ferendo et auferendo: vel a Graeco sermone qui φῶρας appellant fures: immo et Graeci ἀπὸ τοῦ φέρειν φῶρας dixerunt.

[5]) Der Begriff des furtum deckt sich nicht mit dem des Diebstahls im Sinne des § 242 StGB.

a. Einerseits ist das furtum umfassender als der Diebstahl, denn dieser erfordert begrifflich, daß eine fremde bewegliche Sache einem Anderen weggenommen ist, während das furtum einmal auch das Sichvergreifen an einer (beweglichen, D. 47, 2, 25) Sache umfaßt, die der Täter schon im Besitz hat (Unterschlagung, StGB. § 246) und ferner nicht nur bei Aneignung der Sache selbst (furtum rei), sondern auch bei bloßer unbefugter Benutzung (furtum usus, vgl. StGB. § 290) oder Besitzaneignung (furtum possessionis) vorliegt.

b. Andererseits ist der Begriff des furtum enger als der des Diebstahls; denn für diesen genügt bloß die „Absicht rechtswidriger Zueignung", für das furtum dagegen ist die Zueignung in Bereicherungsabsicht (contrectatio lucri faciendi gratia) wesentlich.

nur die Entwendung von Privatgut; die Entwendung von res sacrae (S. 254) ist als sacrilegium, die Entwendung von res publicae als peculatus besonderen Strafvorschriften unterstellt[6]). Ein besonderes Delikt stellt auch die Entwendung von Sachen dar, die zu einer noch nicht angetretenen Erbschaft gehören (crimen expilatae hereditatis, S. 183 und unten § 124[6]), ferner die gewaltsame Entwendung (rapina, unten 2) und die schon in den 12 Tafeln erwähnte Unterschlagung von Mündelgeld (actio rationibus distrahendis, D. 27, 3). Besonders gestaltet ist endlich die ebenfalls schon durch die 12 Tafeln geordnete unbefugte Verwendung fremden Baumaterials oder fremder Rebpfähle (tignum aedibus vineaeve iunctum, S. 646[2]) und die unberechtigte Niederschlagung von Bäumen (S. 177). Für das erstere Delikt ist eine besondere actio de tigno iuncto (D. 47, 3), für das letztere eine actio arborum furtim caesarum (D. 47, 7), welche vermutlich an die Stelle der actio de arboribus succisis der 12 Tafeln trat (S. 156[2]), auf das Doppelte des Werts gegeben[7]).

b. Wegen der verschiedenen Folgen (unten β) wird schon in den 12 Tafeln (S. 176) zwischen dem furtum manifestum und dem furtum nec manifestum unterschieden. Furtum manifestum liegt vor, wenn der Dieb

---

[6]) D. 48, 13: Ad legem Iuliam peculatus et de sacrilegis et de residuis; C. 9, 28: De crimine peculatus, C. 9, 29: De crimine sacrilegii; oben S. 179.

[7]) Und zwar auch dann, wenn der Täter gutgläubig war, also ein furtum nicht vorliegt. Bei der actio de tigno iuncto wird der gutgläubige Täter jedoch durch Erlegung des duplum Eigentümer der verbauten Gegenstände, während der bösgläubige sie für den Fall der späteren Lösung aus der Verbindung dem Eigentümer wieder zurückgeben muß. Nur ist letzterem aus baupolizeilichen Rücksichten ein Anspruch auf Herbeiführung dieser Lösung in jedem Falle versagt; sein Eigentum „ruht" also inzwischen. Vgl. D. 47, 3, 1: Lex duodecim tabularum neque solvere permittit tignum furtivum aedibus vel vineis iunctum neque vindicare (quod providenter lex effecit, ne vel aedificia sub hoc praetextu diruantur vel vinearum cultura turbetur): sed in eum, qui convictus est iunxisse, in duplum dat actionem. Tigni autem appellatione continetur omnis materia, ex qua aedificium constet, vineaeque necessaria. Vgl. S. 646[2].

auf frischer Tat oder am Tatorte oder bevor er das Gestohlene in Sicherheit gebracht hat, ergriffen oder wenigstens gesehen wird (I. 4, 1, 3).

β. Rechtsfolgen aus dem furtum.

a. Actio furti.

1) Nach den 12 Tafeln war eine Privatstrafklage auf das Doppelte des Entwendeten nur im Falle eines furtum nec manifestum gegeben (actio furti nec manifesti, sog. duplione damnum decidere); gegen den fur manifestus trat dagegen Kapitalstrafe ein, falls er den Geschädigten nicht abfand (pro fure damnum decidere, vgl. D. 13, 1, 7, pr.). Durch das prätorische Recht wurde an die Stelle dieser Kriminalstrafe eine Privatstrafklage (actio furti manifesti) auf das Vierfache gesetzt (G. 3, 189 ff.; S. 176).

2) Im justinianischen Recht entspringt hiernach dem furtum manifestum die actio furti manifesti auf das Vierfache, dem furtum nec manifestum die actio furti nec manifesti auf das Doppelte[8]). Beide sind infamierend und daher Respektspersonen (den Eltern, dem Patron) gegenüber unzulässig. Unter Ehegatten sind Diebstahlsklagen nicht zulässig; geschieht die Veruntreuung jedoch während einer schwebenden Ehescheidung, so ist eine besondere Ersatzklage, die actio rerum amotarum, gegeben (unten § 146 b 4); vgl. StGB. § 247 Abs. 2.

3) Die actio furti stand dem zu „cuius interest, furtum factum non esse". Ein solcher „Interessent" konnte außer dem Eigentümer und einem dinglich Berechtigten, zB. einem Nießbraucher, auch ein obligatorisch Interessierter sein, zB. ein Depositar, Kommodatar, Pfandgläubiger, sofern sie dem Eigentümer wegen ungenügender Beaufsichtigung der entwendeten Sache regreßpflichtig sind, nicht aber zB. der Käufer vor der Übergabe (D. 47, 2, 10—15).

---

[8]) Nicht in das justin. R. übergegangen sind die den 12 Tafeln entstammenden Strafklagen auf Grund des furtum lance et licio conceptum; S. 176*.

Die actio furti richtet sich nicht nur gegen den fur selbst, sondern auch gegen jeden Anstifter und Gehülfen (cuius ope consilio furtum factum est), gegen den letzteren natürlich nur als actio furti nec manifesti (I. 4, 1, 11 ff.).

4) Die actio furti ist eine reine Strafklage. Sie geht daher gegen jeden Teilnehmer in voller Höhe (Grundsatz der Kumulation, S. 537[2]) und die aktive und passive Vererblichkeit richtet sich nach den S. 409[8] wiedergegebenen Grundsätzen. Daneben hat der Eigentümer (nicht auch ein sonstiger Interessent) als actio rei persecutoria außer der rei vindicatio die unten b zu besprechende condictio furtiva (D. 13, 1, 7, 1).

5) Im Gegensatz zu den übrigen prätorischen Strafklagen ist die actio furti nicht der einjährigen Verjährung unterworfen (actio perpetua, S. 361).

b. Condictio furtiva (D. 13, 1, C. 4, 8).

Auf Wiedererlangung der entwendeten Sache steht dem Eigentümer (D. 13, 1, 1) und dem dinglich Berechtigten, dem die Sache entwendet ist (D. 13, 1, 12, 2), nicht aber sonstigen Interessenten (D. 7, 1, 12, 5) gegen den fur (nicht auch gegen sonstige Teilnehmer, D. 13, 1, 6) eine condictio furtiva zu. Sie ist als actio rei persecutoria aktiv und passiv unbeschränkt vererblich (D. 13, 1, 7, 2), geht auf Herausgabe der Sache und für den Fall der Nichtherausgabe auf Erstattung des höchsten Wertes seit der Entwendung: „semper enim moram fur facere videtur" (D. 13, 1, 8, 1, S. 464). Mehrere Diebe haften nicht, wie gegenüber der actio furti, kumulativ, sondern nur solidarisch, also dergestalt, daß einmalige Leistung alle befreit (C. 4, 8, 1). Wegen dieser Eigentümlichkeiten wird sie von manchen als bloße Bereicherungsklage auf Grundlage einer Entwendung, nicht als Deliktsklage behandelt.

2. Rapina (I. 4, 2, D. 47, 8, C. 9, 33: Vi bonorum raptorum).

Der Raub, d. h. der Diebstahl unter Anwendung von Gewalt gegen die Person (vgl. StGB. §§ 249 ff.), wurde

ursprünglich als furtum behandelt. Erst während der Bürgerkriege wird (durch den Prätor M. Terentius Lukullus, 76 v. Chr.) eine eigene Klage (actio vi bonorum raptorum) gegeben, anfänglich nur bei Raub (und Sachbeschädigung) durch eine zusammengerottete Menge (hominibus armatis coactisve, D. 47, 8, 2, pr.), später auch bei gewaltsamer Entwendung durch einen Einzelnen. Die Klage geht auf das Vierfache — auch wenn der Täter nicht auf frischer Tat ergriffen wird —, sie ist jedoch nicht — gleich der actio furti — eine actio mere poenalis, sondern eine actio mixta; in dem quadruplum ist nämlich auch der Wertersatz enthalten, sodaß als Strafe nur das triplum gilt (I. 4, 2, pr.). Nach Ablauf eines annus utilis (S. 355) geht sie nur noch auf einfachen Wertersatz. Vgl. S. 177.

3. Damnum iniuria datum (I. 4, 3, C. 3, 35: De lege Aquilia; D. 9, 2: Ad legem Aquiliam).

Wegen Sachbeschädigung (vgl. StGB. § 303) gewährten schon die 12 Tafeln eine actio de rupitiis sarciendis. Sie wurde später durch die actio legis Aquiliae[9]) ersetzt.

α. Voraussetzungen.

a. Das Anwendungsgebiet der actio legis Aquiliae

---

[9]) Dieses, von einem Volkstribunen Aquilius um 287 v. Chr. beantragte Plebiszit behandelte die Sachbeschädigung im I. und III. Kapitel, während das II. Kapitel eine Klage gegen einen treulosen adstipulator enthielt (G. 3, 215, S. 479[8]).

Cap. I. (D. 9, 2, 2, pr.): Qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto.

Cap. III. (D. 9, 2, 27, 5): Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit (so die Florentina, andere lesen: fuit) in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto.

Die lex Aquilia ging auf Schadensersatz; ihre Strafnatur lag aber darin, daß der Kläger den höchsten Wert des letzten Jahres oder wenigstens Monats fordern konnte, und daß sie gegen den Leugnenden auf das Doppelte ging.

war anfänglich sehr beschränkt[10]). Sie ist nämlich unmittelbar (als actio directa, S. 385) nur dem Eigentümer (ero, hoc est domino, D. 9, 2, 11, 6) und auch diesem nur gegeben, wenn vorliegt:

1) damnum iniuria datum, also schuldhafte Beschädigung (D. 9, 2, 3) und zwar durch positives Tun, nicht durch bloßes schuldhaftes Unterlassen[10a]), doch genügt hier jede Art der Verschuldung: „In lege Aquilia et levissima culpa venit" (D. 9, 2, 44, pr.). Beschädigung in Notstand (D. 9, 2, 29, 3; 9. 2, 49, 1) oder Notwehr (D. 9, 2, 4), ferner durch einen Unzurechnungsfähigen (D. 9, 2, 52) macht also nicht verantwortlich;

2) damnum corpore datum, Beschädigung durch unmittelbare Einwirkung auf die Sache;

---

[10]) Allerdings waren für einzelne Tatbestände besondere Klagen gegeben, so z.B. die folgenden:

a. Die actio legis Aquiliae bezog sich überhaupt nur auf die Beschädigung des Privatvermögens; bei Beschädigung des Staatsvermögens schritten die Magistrate von Amts wegen ein.

b. Bei moralischer Schädigung eines Sklaven wurde eine actio servi corrupti (D. 11, 3) gegeben, die utiliter auf die Verführung eines Hauskindes erstreckt wurde (D. 11, 3, 14, 1).

c. Wegen vorsätzlicher Verletzung eines Grabmals war die actio sepulcri violati (D. 47, 12, C. 9, 19) gegeben, an erster Stelle dem Interessenten, falls ein solcher jedoch nicht vorhanden war oder nicht klagen wollte, als Popularklage (D. 47, 12, 3, pr.).

d. Eine actio de mortuo illato wurde gegen den gewährt, der unberechtigt einen fremden Leichnam auf fremdem Grund und Boden bestattet hatte; sie ging auf Fortschaffung des Toten und Geldstrafe (D. 11, 7, 2, 2).

e. Über die actio arborum furtim caesarum vgl. oben S. 177.

[10a]) Unter welchen Voraussetzungen Unterlassungen die aquilische Klage begründen, ist streitig (vgl. D. 7, 1, 13, 2). Sie ist jedenfalls dann gegeben, wenn die Beschädigung durch ein an sich erlaubtes Handeln einer Person herbeigeführt ist, welches nur infolge einer schuldhaften Unterlassung dieser Person hat schädlich werden können (sog. Kommissivdelikt durch Unterlassung); z.B. es haut jemand Äste ab oder deckt ein Dach, ohne die Vorübergehenden zu warnen (D. 9, 2, 31; I. 4, 3, 5), ein Chirurg unterläßt die Nachbehandlung nach bewirkter Operation (D. 9, 2, 8, pr.), das unter einem Schmelzofen angezündete Feuer greift infolge mangelhafter Bewachung um sich (D. 9, 2, 27, 9).

3) damnum corpore corpori datum, d. h. Beschädigung von Sachen, zu denen auch die Sklaven zählten (S. 205), nicht aber von freien Personen. Auch wegen einer nicht eine körperliche Sache treffenden Vermögensschädigung war die actio legis Aquiliae nicht anwendbar.

b. Später wurde durch Gewährung von actiones utiles und in factum das ursprüngliche Anwendungsgebiet der actio legis Aquiliae sehr erweitert.

1) Nicht nur der Eigentümer, sondern auch ein sonstiger Interessent (bonae fidei possessor, Pächter, Nießbraucher, Pfandgläubiger) kann sie anstellen (D. 9, 2, 11, 10; 9, 2, 17). Grundsätzlich ist der bloß obligatorisch Berechtigte jedoch nicht klageberechtigt (D. 9, 2, 11, 9).

2) Eine actio in factum wird gewährt, wenn eine Sache nur mittelbar beschädigt oder dem Berechtigten entzogen wird, so wenn jemand einen fremden Sklaven zwar nicht tötet, aber mortis causam praebet, zB. einsperrt und verhungern läßt (D. 9, 2, 9, 2), ein Pferd scheu macht, sodaß es den darauf reitenden Sklaven abwirft (D. 9, 2, 9, 3), einen Hund auf einen Menschen hetzt (D. 9, 2, 11. 5), mir Geld aus der Hand schlägt, sodaß es ins Meer fällt (D. 9, 2, 27, 21), das Halteseil eines Schiffes durchschneidet, sodaß dieses forttreibt (D. 9, 2, 29, 5) usw.

3) Als utilis actio wird die a. l. A., die als actio directa nur bei ausschließlicher Beteiligung von röm. Bürgern zuständig war, auch dann gegeben, wenn als Täter oder Beschädigter ein Peregrine beteiligt ist.

4) Endlich wird eine actio utilis auch bei Beschädigung freier Personen gewährt[11]).

β. Umfang des Ersatzes.

a. Bei Tötung eines Sklaven, eines quadrupes oder

---

[11]) D. 9, 2, 13, pr.: Liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo sunt videtur; vgl. auch D. 9, 1, 3.

pecus[12]) — wovon das I. Kapitel der lex Aquilia handelt — hat der Täter dem Geschädigten den höchsten Wert zu ersetzen, den der Sklave oder das Tier im letzten Jahre vor der Tötung hatte (quanti id in eo anno plurimi fuit).

In allen anderen — unter das III. Kapitel gehörenden — Fällen (Verletzung eines Sklaven, quadrupes oder pecus, Tötung oder Verletzung eines anderen Tieres, Beschädigung sonstiger Sachen) hat der Täter den höchsten Geldwert innerhalb der letzten dreißig Tage vor der Beschädigung (quanti ea res — sc. plurimi, D. 9, 2, 29, 8 — fuit in diebus triginta proximis) zu ersetzen.

Zu ersetzen ist aber ferner nicht nur der unmittelbare, sondern auch der mittelbare Schaden und der entgangene Gewinn, zB. wenn ein als Erbe eingesetzter Sklave vor dem Erwerbe der Erbschaft getötet wird und sein Herr dadurch die Erbschaft nicht erhält.

b. Die actio legis Aquiliae ist eine actio poenalis[13]). Mehrere Täter haften daher kumulativ (D. 9, 2, 11, 2: ex lege Aquilia quod alius praestitit, alium non relevat, cum sit poena; anders BGB. § 830, Gesamtschuld). Sie geht ferner gegen den Leugnenden auf das Doppelte (G. 4, 9). Sie ist jedoch keine actio mere poenalis, sondern eine actio mixta; denn der Beschädigte kann nicht etwa neben seinem in der zu a erwähnten Weise zu berechnenden vollen Interesse noch Wertersatz fordern.

---

[12]) D. 9, 2, 2, 2: quadrupedes, quae pecudum numero sunt et gregatim habentur, veluti oves caprae boves equi muli asini, nicht aber zB. Hunde oder wilde Tiere. Der Begriff des pecus wird hier also anders umgrenzt als für den Begriff der res mancipi (S. 241: quadrupedes, quae collo dorsove domantur).

[13]) Dies ergibt sich aus der Art der Berechnung des Schadensersatzes. Wer einen dem Tode nahen Sklaven tötet, haftet nicht bloß — wie beim gewöhnlichen Schadensersatz — auf dessen Wert zur Zeit der Tötung, sondern, wenn er innerhalb des letzten Jahres gesund gewesen war, auf seinen Wert im gesunden Zustande.

4. Iniuria (I. 4, 4, C. 9, 35: De iniuriis; D. 47, 10: De iniuriis et famosis libellis).

Iniuria in römischem Sinn[14]) ist die wissentlich widerrechtliche Kundgebung der Mißachtung einer fremden Persönlichkeit durch Verletzung ihrer Ehre oder Freiheit, ihres Körpers, Namens oder Hausfriedens.

α. Schon die 12 Tafeln hatten verschiedene Strafbestimmungen gegen Injurien (S. 175).

β. Durch das prätorische Edikt wurde eine (infamierende, D. 3, 2, 1, pr.) actio iniuriarum aestimatoria auf eine vom iudex — nach erfolgter taxatio des Verletzten — zu bestimmende der Schwere der Injurie entsprechende (I. 4, 4, 7) Geldstrafe (actio in bonum et aequum concepta) eingeführt (D. 47, 10, 17, 5). Sie verjährte in einem annus utilis (C. 9, 35, 5) und konnte für Hauskinder vom Gewalthaber, für Ehefrauen vom Ehemanne, bei Beschimpfungen eines Verstorbenen von seinen Erben angestellt werden (D. 47, 10, 1, 3 ff.; ähnlich StGB. §§ 65, 189 Abs. 3, 195, StPO. §§ 414, 433 Abs. 2).

γ. Durch eine von Sulla 81 v. Chr. veranlaßte lex Cornelia de iniuriis wird eine civilrechtliche Klage auf eine vom Kläger bestimmt zu bezeichnende Geldstrafe für Realinjurien (verberare, pulsare, domum vi introire) eingeführt (D. 47, 10, 5, pr.), die der kurzen Verjährung

---

[14]) Vgl. I. 4, 4, pr. Heute versteht man unter Injurie nur die Beleidigung im Sinne der §§ 185 ff. StGB., also die Verletzung der Ehre eines Anderen. Schon die Römer unterschieden übrigens — wie heute StGB. § 185 — Verbal- und Realinjurie; vgl. D. 47, 10, 1, 1 und S. 174[7].

Die iniuria des rR. setzt stets Vorsatz, den sog. animus iniuriandi voraus, d. h. der Täter muß das Bewußtsein gehabt haben, daß die Handlung geeignet ist, den Betroffenen in seiner Persönlichkeit oder seinen Rechten zu verletzen. Dagegen ist — ebensowenig wie nach den §§ 185 ff. StGB. — die Absicht, den Betroffenen zu verletzen, ein Tatbestandsmerkmal der Injurie (S. 455[2]). Eine Injurie (im römischen Sinne) begeht zB. also auch, wer ein fremdes Grundstück unbefugt betritt, nicht um das Grundstück zu beschädigen, sondern um darauf zu jagen.

nicht unterliegt, von besonderen Gerichtshöfen entschieden wurde (D. 47, 10, 45) und nur dem Verletzten selbst, nicht zB. auch seinem Gewalthaber zusteht (D. 47, 10, 5, 6); vgl. S. 180.

5. Dolus (D. 4, 3, C. 2, 20).

Über die allgemeine actio doli ist oben S. 299 gesprochen. Die actio doli ist aber nur subsidiär anwendbar, sofern nämlich nicht eine der nachfolgenden für besondere Fälle vorsätzlicher Vermögensbeschädigung gegebenen Klagen eingreift[15]).

α. Actio Pauliana (D. 42, 8: Quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur; C. 7, 75: De revocandis his, quae per fraudem alienata sunt).

Schädigt ein in Vermögensverfall Befindlicher seine Gläubiger durch Beiseiteschaffung von Vermögensstücken — diese Art des dolus wird als fraus bezeichnet —, so kann der Empfänger mit dieser Klage unter Anfechtung des diesbezüglichen Rechtsgeschäfts auf Rückgewähr des Empfangenen belangt werden[16]). Daneben hat er die in integrum restitutio propter dolum (I. 4, 6, 6, S. 425).

---

[15]) Die actio doli ist eine Privatstrafklage. Der Betrug (StGB. § 263) wird aber auch im öffentlichen Strafverfahren als crimen stellionatus verfolgt (S. 183).

[16]) Voraussetzungen der actio Pauliana sind hiernach:

a. alienatio, d. h. eine Vermögensentäußerung, wozu auch eine Pfandbestellung gehört;

b. consilium fraudandi, d. h. Absicht des Gemeinschuldners, seine Gläubiger zu benachteiligen;

c. eventus fraudis, d. h. eingetretene Schädigung gerade derjenigen Gläubiger, auf deren Benachteiligung die Rechtshandlung gerichtet war;

d. conscientia fraudis, d. h. Kenntnis des Geschäftsgenossen von der fraudulosen Absicht. Bei Mangel dieser Kenntnis wird der Geschäftsgenosse nur dann zur Rückgewährung verpflichtet, wenn er durch das fraudulose Geschäft etwas unentgeltlich (ex titulo lucrativo, zB. durch Schenkung) erworben hatte.

Neben der actio Pauliana war ein interdictum (adipiscendae possessionis) fraudatorium gegeben.

Das Nähere gehört in das Konkursrecht. Heute ist die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Gemeinschuldners innerhalb eines

β. Actio calumniae (D. 3, 6, C. 9, 46: De calumniatoribus).

Einer in quadruplum gehenden (gemischten) Privatstrafklage unterliegt derjenige, der sich Geld geben läßt, um einen ungerechten Civil- oder Strafprozeß zu führen oder zu unterlassen. Nach Ablauf eines annus utilis geht die Klage nur in simplum[17]).

γ. Eine actio de alienatione iudicii mutandi causa (D. 4, 7, C. 2, 54)

auf einfachen Schadensersatz wird gegen den innerhalb Jahresfrist gegeben, der in der Absicht, dem Berechtigten die Rechtsverfolgung zu erschweren, eine von ihm herauszugebende Sache vor Anstellung des Prozesses veräußert (eine nach Anstellung des Prozesses bewirkte Veräußerung ist einflußlos; der Beklagte haftet als fictus possessor, unten § 129 b 2 β). Über die Vererblichkeit dieser Klage vgl. D. 4, 7, 4, 6 ff.

δ. Gegen den falsus tutor,

d. h. denjenigen, der wissend, daß er nicht tutor ist, eine auctoritatis interpositio vornimmt (S. 278), wird eine Schadensersatzklage gegeben; vgl. unten § 156 b 3 γ.

6. Metus; vgl. oben S. 300.[17a])

c. Die Quasidelikte (I. 4, 5: De obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur).

In einigen Fällen knüpft das rR. an schädigende Tatbestände, die mangels Vorhandenseins eines eigenen Ver-

---

Konkursverfahrens durch KO. §§ 29 ff., außerhalb eines solchen durch das RG. vom 21. Juli 1879 (Neufassung vom 20. Mai 1898) geordnet.

[17]) D. 3, 6, 1, pr. Gegen den Erben geht die Klage nur auf die Bereicherung (D. 3, 6, 5, pr.).

[17a]) Unter Umständen kann derselbe Tatbestand die Begriffsmerkmale mehrerer Deliktsklagen oder einer Delikts- und einer Kontraktsklage enthalten (zB. der Dieb beschädigt die gestohlene, der Verwahrer die hinterlegte Sache). Es findet dann grundsätzlich elektive Klagenkonkurrenz (S. 539) statt dergestalt, daß nach der begrenzteren die weitergehende Klage angestellt werden kann (D. 50, 17, 130, I. 4, 9, 1, S. 490; D. 13, 9, 18, 1; 44, 7, 31, 2; 47, 1, 2).

ſchuldens als eigentliche Delikte nicht zu kennzeichnen ſind, deliktsartige Folgen.

1. Die actio de effusis vel deiectis (D. 9, 3: De his qui effuderint vel deiecerint) iſt gegen den gegeben, aus deſſen an einer Straße belegener Behauſung — durch ihn oder einen Anderen — ein ſchädigender Wurf oder Guß erfolgt. Bei Tötung eines Freien iſt die Klage Popularklage[18]). Mehrere Inhaber des fraglichen Gemaches haften ſolidariſch (D. 9, 3, 1, 10 ff.), aber mit Regreßrecht gegen den wirklichen Täter (D. 9, 3, 5, 4). Es haftet aber nur der dauernde Inhaber, gleichgültig ob er den Raum als Eigentümer oder Mieter oder unentgeltlich benutzt, nicht auch ein bloßer hospes (D. 9, 3, 1, 9).

2. Die actio de posito vel suspenso war eine Popularklage auf 10 Solidi gegen den, der an gangbarer Straße etwas unvorſichtig aufgeſtellt oder aufgehängt hatte[19]).

3. Gegen den iudex (Laiengeſchworenen im Formularprozeß), der den von ihm zu entſcheidenden Prozeß unrichtig leitet[20]), wird eine actio adversus iudicem qui litem

---

[18]) D. 9, 3, 1, pr.: Praetor ait de his, qui deiecerint vel effuderint: „Unde in eum locum, quo vulgo iter fiet vel in quo consistetur, deiectum vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum, qui ibi habitaverit, in duplum iudicium dabo. si eo ictu homo liber perisse dicetur, quinquaginta aureorum iudicium dabo. si vivet nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem aequum iudici videbitur eum cum quo agetur condemnari, tanti iudicium dabo. si servus insciente domino fecisse dicetur, in iudicio adiciam: aut noxam dedere".

[19]) D. 9, 3, 5, 6: Praetor ait: „Ne quis in suggrunda (Wetterdach) protectove supra eum locum, quo vulgo iter fiet inve quo consistetur, id positum habeat, cuius casus nocere cui possit. qui adversus ea fecerit, in eum solidorum decem in factum iudicium dabo". Wurde durch Herabfallen des Aufgeſtellten jemand geſchädigt, ſo hatte er gegen den Schuldigen auch die actio legis Aquiliae. Vgl. heute BGB. §§ 836—838; StGB. §§ 366$^{8-10}$, 367$^{12, 13}$ und dazu BGB. § 823 Abſ. 2.

[20]) Es handelt ſich hierbei nicht nur um wiſſentliche Rechtsbeugung, ſondern auch um bloße imperitia iudicis, d. h. um fahrläſſige Nichtanwendung geſetzlicher Vorſchriften, Terminsverſäumniſſe

suam facit (d. h. der den Prozeß auf sich zieht) auf Schadensersatz gegeben.

4. Gegen nautae, caupones und stabularii wird — außer der Quasikontraktsklage aus dem receptum, S. 619 — eine Quasideliktsklage (actio in factum) in duplum gegeben, wenn deren Angestellte innerhalb ihres Geschäftskreises durch furtum oder damnum iniuria datum einem Gaste Schaden zufügen; I. 4, 5, 3.

5. Für Delikte von Sklaven[21]) und für Beschädigung durch Haustiere[22]) haftet der Gewalthaber und der Eigentümer nur mit der Maßgabe, daß er sich durch Entäußerung der schädigenden Person oder Sache von jeder weiteren Haftung befreien kann. Die gegen ihn zu richtende Klage erhält daher den Zusatz „aut noxae[23]) dedere“ und wird deshalb als actio noxalis bezeichnet[24]).

---

usw. Deshalb wird die Klage nur als Quasideliktsklage behandelt; vgl. BGB. § 839.

[21]) I. 4, 8, D. 9, 4, C. 3, 41: De noxalibus actionibus.

[22]) I. 4, 9, D. 9, 1: Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.

[23]) Über die Bedeutung der Begriffe noxa und noxia vgl. I. 4, 8, 1: Noxa est corpus quod nocuit, id est servus: noxia ipsum maleficium, veluti furtum damnum rapina iniuria; über den Grund der Haftungsbeschränkung vgl. I. 4, 8, 2: Summa autem ratione permissum est noxae deditione defungi: namque erat iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora dominis damnosam esse.

[24]) Ehemals konnte sich auch der Gewalthaber eines Hauskindes durch noxae deditio (Hingabe des Hauskindes in das mancipium des Geschädigten, S. 211) von der eigenen Haftung für dessen Delikte befreien. Im justin. Recht ist dies als nicht mehr zeitgemäß beseitigt. Die Hauskinder haften nunmehr persönlich für ihre Delikte; vgl. I. 4, 8, 6 u. 7: Si servus domino noxiam commiserit, actio nulla nascitur: namque inter dominum et eum qui in eius potestate est nulla obligatio nasci potest. ideoque et si in alienam potestatem servus pervenerit aut manumissus fuerit, neque cum ipso neque cum eo, cuius nunc in potestate sit, agi potest. unde si alienus servus noxiam tibi commiserit et is postea in potestate tua esse coeperit, intercidit actio, quia in eum casum deducta sit, in quo consistere non potuit: ideoque licet exierit de tua potestate, agere non potes, quemadmodum si dominus in servum suum aliquid commiserit, nec

α. Hat ein Sklave ein Delikt begangen, so ist zu unterscheiden, ob das Delikt mit oder ohne Einverständnis des dominus begangen ist. Im ersteren Falle — der schon vorliegt, wenn der dominus „cum prohibere posset, non prohibuit" (D. 9, 4, 3) — haftet der Gewalthaber als Anstifter in voller Höhe; in letzterem hat er die Wahl, die litis aestimatio (also z.B. bei einem furtum des Sklaven das zwei- oder vierfache, S. 658) zu erlegen oder den Sklaven „noxae dedere". Durch die noxae deditio wird der Sklave Eigentum des Geschädigten.

Die Noxalhaftung gilt aber als eine Art dinglicher Belastung des Sklaven: es haftet immer nur derjenige, der im Augenblicke der Erhebung der Noxalklage die potestas über den Sklaven hat: „noxa caput sequitur" (I. 4, D. 9, 1, 1, 12). Wird der Sklave vor der Litiskontestation frei, so haftet nur er persönlich; stirbt er vorher, so haftet der Herr überhaupt nicht.

β. Hat ein Haustier (nach den 12 Tafeln nur ein „quadrupes") gegen seine Natur („contra naturam sui generis", D. 9, 1, 1, 7) Schaden (pauperies) angerichtet, so haftet der Eigentümer hierfür mit der Maßgabe, daß er sich durch noxae deditio befreien kann. Hierzu gewährten schon die 12 Tafeln dem Geschädigten (vgl. D. 9, 1, 2, pr.) eine actio de pauperie. Für den durch Abweiden auf fremdem Boden angerichteten Schaden ist eine actio de pastu gegeben (vgl. D. 19, 5, 14, 3).

---

si manumissus vel alienatus fuerit servus, ullam actionem contra dominum habere potest. Sed veteres quidem haec et in filiis familias masculis et feminis admiserunt. nova autem hominum conversatio huiusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit et ab usu communi haec penitus recessit: quis enim patitur filium suum et maxime filiam in noxam alii dare, ut paene per corpus pater magis quam filius periclitetur, cum in filiabus etiam pudicitiae favor hoc bene excludit? et ideo placuit in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas, cum apud veteres legum commentatores invenimus saepius dictum ipsos filios familias pro suis delictis posse conveniri.

6. Wer ein gefährliches Tier an gangbaren Straßen (qua vulgo iter fit) hält, haftet nach dem ädiliziſchen Edikt (S. 115) für den durch das Tier angerichteten Schaden; es kann aber auch die actio de pauperie angewendet werden „numquam enim actiones praesertim poenales de eadem re concurrentes alia aliam consumit“ (I. 4, 9, 1).[25])

[25]) Nach BGB. §§ 833, 834 haftet derjenige, der ein Tier hält und derjenige, der für den Tierhalter vertragsmäßig die Aufſicht übernommen hat, für den durch das Tier angerichteten Schaden. Über die Haftung für Wildſchaden vgl. BGB. § 835 und D. § 9[11].

Drittes Buch. Sachenrecht.

§ 115. Sachenrecht. Allgemeines.

a. Begriff.

1. Sachenrecht im objektiven Sinn ist der Inbegriff der für die Sachenrechte im subjektiven Sinne geltenden Rechtsnormen.

Sachenrecht im subjektiven Sinne (dingliches Recht) heißt die Befugnis, welche eine unmittelbare rechtliche Herrschaft über eine Sache gewährt. Hieraus ergeben sich als Hauptunterschiede des dinglichen vom obligatorischen Recht (vgl. S. 429):

a. Das dingliche Recht begründet eine unmittelbare, das obligatorische (selbst wenn es die Leistung einer bestimmten Sache zum Gegenstande hat),[1]) eine nur mittelbare Herrschaft über die Sache (zB.: der Nießbraucher eines Grundstücks hat als dinglich Berechtigter einen Anspruch auf unmittelbare Nutzung des Grundstücks, der Pächter als

[1]) Das obligatorische Recht auf das Gewähren einer bestimmten Sache wird als Recht zur Sache, ius ad rem, bezeichnet (zB. A kauft von B dessen Hund Blitz). Das ius ad rem hat nach rR. und nach BGB., bevor es sich durch Hinzutreten des dinglichen Erwerbsakts (Übergabe des Hundes) in ein dingliches verwandelt, keine dingliche Wirkung. Verkauft A also den Hund später an C und übergibt ihn ihm sogleich, so wird C selbst dann Eigentümer, wenn er den früheren Kauf kennt (anders nach ALR., nach welchem das ius ad rem schlechtgläubigen dritten gegenüber wirkte).

nur obligatorisch Berechtigter nur einen Anspruch gegen den Verpächter auf Gewährung der Nutzung).

β. Daraus folgt, daß das obligatorische Recht, als nur gegen einen bestimmten Verpflichteten gerichtet, nur relative, das dingliche als gegen jeden Störer gerichtet, absolute Wirkung hat.

2. Gegenstand eines dinglichen Rechts ist nur eine (körperliche, S. 240[2]) Sache. Doch werden nach rR. und nach BGB. auch Sachgesamtheiten, Sach- und Rechtsinbegriffe und Forderungen insoweit den körperlichen Sachen gleichgestellt, als an ihnen dingliche Rechte begründet werden können (zB. Nießbrauch und Pfandrecht an Rechten, s. u.).

b. Arten der dinglichen Rechte.

1. Die Sachenrechte können die Sache entweder allgemein oder nur in bestimmten Beziehungen der Herrschaft des Berechtigten unterwerfen. Das Recht allgemeiner Sachherrschaft gewährt das Eigentum; ihm treten die begrenzten dinglichen Rechte (Rechte an der Sache, iura in re — sc. aliena) gegenüber.

2. Das rR. kennt nur eine geschlossene Zahl von iura in re aliena, nämlich die Servituten, die Superficies, die Emphyteuse und das Pfandrecht[2]).

3. Das dingliche Recht ist die Form der rechtlichen Herrschaft über eine Sache. Das Recht berücksichtigt und schützt aber auch die tatsächliche Herrschaft über eine Sache, den Besitz. Hierüber ist gemäß dem System des BGB. zunächst zu sprechen.

---

[2]) Auch das BGB. hat nur einen „numerus clausus" dinglicher Rechte an fremden Sachen, nämlich: Erbbaurecht, Dienstbarkeiten (Grunddienstbarkeiten, Nießbrauch, beschränkte persönliche Dienstbarkeiten), Vorkaufsrecht, Reallasten, Pfandrecht (Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld, Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten). Die Parteien können also nicht einem obligatorischen Recht, zB. der Grundstücksmiete durch Beantragung der Eintragung in das Grundbuch, dinglichen Charakter verleihen.

Erster Abschnitt. Besitz

(BGB. §§ 854—872).

§ 116. Begriff und Arten des Besitzes.

a. Begriff[1]).

Besitz (possessio) ist die tatsächliche Herrschaft über eine Sache[2]). Insofern aber diese tatsächliche Herrschaft vom Rechte geordnet und geschützt ist und somit Rechtswirkungen hat, wird die im Besitz liegende Beziehung der Person zur Sache zu einem Rechtsverhältnis[3]). Solche aus dem Besitze als solchem sich ergebenden Rechtsfolgen (iura possessionis, vgl. D. 41, 2, 44, nicht zu verwechseln mit dem ius possidendi, dem Recht zum Besitze, unten S. 677) sind u. a.:

1. Der Besitz wird gegen Entziehung und Störung geschützt (possessorische Ansprüche, unten § 118).

2. Der Besitz vermittelt unter Umständen den Erwerb des Rechts, so beim Eigentumserwerb durch Übergabe, Ersitzung oder Aneignung, unten §§ 123, 124, 127.

---

[1]) D. 41, 2: De adquirenda vel amittenda possessione; C. 7, 32: De adquirenda et retinenda possessione.

[2]) D. 41, 2, 1, pr.: Possessio appellata est a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit.

[3]) Ob der Besitz ein ius oder ein factum sei, ist eine alte gemeinrechtliche Streitfrage. Die Quellen bezeichnen mit possessio sowohl die tatsächliche Beziehung als auch die Rechtsstellung des Besitzers (D. 41, 2, 49, 1: possessio non tantum corporis, sed et iuris est). Auch nach BGB. muß der Besitz als Rechtsverhältnis angesehen werden, besonders wegen seiner Vererblichkeit (§ 857).

3. Der Besitzer hat die vorteilhafte Stellung des Beklagten („beati possidentes"; „melior est causa possidentis", D. 20, 1, 11; „in pari causa possessor potior haberi debet", D. 50, 17, 128, pr.).

b. Arten des Besitzes.

1. Juristischer Besitz und Detention.

Die wichtigste Rechtsfolge des Besitzes ist, wie erwähnt, der Rechtsschutz des Besitzes gegen Entziehung und Störung. Als Besitzer im Rechtssinne oder, wie man gemeinrechtlich sagt, als juristischer Besitzer („Interdiktenbesitzer") gilt daher nur, wer Besitzschutz genießt. Wer eine tatsächliche Herrschaft ausübt, ohne darin rechtlich geschützt zu sein, ist nach rR. nicht juristischer Besitzer (possessor), sondern bloßer Inhaber (detentor).

α. Nach den Quellen haben Besitzschutz, sind also juristische Besitzer:

a. Der Eigenbesitzer, d. h. wer eine in seiner tatsächlichen Gewalt befindliche Sache als „ihm gehörend besitzt" (vgl. BGB. § 872), wer sie also als Eigentümer innehaben will. Gleichgültig ist hierbei, ob er hierzu berechtigt ist oder glaubt hierzu berechtigt zu sein (sog. opinio dominii). Vielmehr ist auch der Dieb juristischer Besitzer und hat (nur nicht dem Bestohlenen gegenüber, unten S. 677) Besitzschutz; denn auch der Dieb hat den animus domini (τὸ ψυχῇ δεσπόζοντος κατέχειν, Theophilus), er will die gestohlene Sache für sich behalten.

b. Des Besitzschutzes teilhaftig und somit juristische Besitzer sind nach den Quellen ferner aber auch gewisse andere Personen, denen zwar der animus domini mangelt, deren Besitzwille aber dem des Eigenbesitzers doch insofern gleichsteht, als sie gleich ihm jeden Anderen von der tatsächlichen Herrschaft ausschließen wollen; nur mit dem Unterschiede, daß sie dies nicht, wie der Eigenbesitzer, für immer wollen, sondern nur für die Dauer eines gewissen Rechtsverhältnisses. Juristische Besitzer dieser Gattung sind nach den Quellen: der im Besitze der Sache befindliche Pfandgläubiger (unten

§ 142 c 2, jedoch behält der Verpfänder den Ersitzungsbesitz, D. 41, 3, 16), der Prekarist (S. 582[1], D. 43, 26, 4, 1, der precario dans behält aber den Ersitzungsbesitz, D. 43, 26, 15, 4), der Sequester (S. 616, D. 16, 3, 17, 1) und — nach der richtigen Meinung — auch der Emphyteuta (unten § 133 c) und der Superfiziar (unten § 133 b).[4])

---

[4]) Einer der berühmtesten gemeinrechtlichen Streitpunkte ist die Frage, auf welches höhere Prinzip die Fälle des juristischen Besitzes zurückzuführen seien. Die praktische Bedeutung dieses Streits besteht darin, daß je nach der Feststellung eines allgemeinen Prinzips sich entscheiden muß, ob die in den Quellen nicht ausdrücklich geordneten Fälle (zB. des negotiorum gestor, Finders, Konkursverwalters) dem Begriffe des juristischen Besitzes zu unterstellen und daher des Interdiktenschutzes für teilhaftig zu erklären sind, oder als Fälle der bloßen Innehabung eines Besitzschutzes entbehren.

a. Savigny (1779—1861) lehrte (in seinem 1803 veröffentlichten „Recht des Besitzes"): Grundsätzlich sei juristischer Besitzer nur, wer den animus domini habe, also der Eigenbesitzer; in den sonstigen Fällen handele es sich um eine bloße Übertragung des eigentlich dem Eigenbesitzer (also zB. dem Verpfänder) zustehenden Besitzschutzes, also um abgeleiteten oder derivativen Besitz.

b. Nach anderen (Dernburg) ist für den Besitzschutz nicht der animus domini erforderlich, sondern schon der animus rem sibi habendi hinreichend. Da nun aber zB. auch der Leiher, Mieter und Pächter den Willen haben, die Sache für sich zu beherrschen, während sie doch nach den Quellen unzweifelhaft nicht juristische Besitzer sind (vgl. S. 676), so ist für die Umgrenzung des Kreises der juristischen Besitzer nach rR. der animus rem sibi habendi in der im Text dargelegten Weise als der Wille zu bestimmen, eine Sache mit Ausschließung aller anderen für sich zu besitzen, sei es für immer (als Eigenbesitzer), sei es für die Dauer eines gewissen Rechtsverhältnisses.

c. Die zu a und b angeführten Ansichten (sog. subjektive oder Willenstheorie) erblicken den Unterschied zwischen juristischem Besitz und Innehabung in der Willensrichtung des Besitzers. Von einem anderen Standpunkt geht die (besonders von Ihering, der Besitzwille, 1889, entwickelte) sog. objektive Theorie aus. Danach hängt die Entscheidung, ob (geschützter) Besitz oder (ungeschützte) bloße Detention vorliegt, nicht von der Willensrichtung des Besitzenden, sondern vom positiven Recht ab. An sich sei jeder, der nur den Willen habe, eine Sache zu behalten, des Besitzesschutzes teilhaftig, es sei denn, daß ihm das positive Recht aus Gründen der Rechtspolitik diesen Schutz entziehe und einem Anderen zuwende, wie dies das rR. gegenüber dem Verwahrer, Mieter, Pächter, Leiher usw. für richtig erachtet habe.

β. Alle anderen, eine tatsächliche Herrschaft ausübenden Personen entbehren eines Besitzschutzes, und sind daher im Sinne des rR. nicht Besitzer, sondern bloße Detentoren, gleichgültig ob sie diese Herrschaft ausschließlich im fremden Interesse ausüben, wie Verwahrer und Stellvertreter (D. 41, 2, 11, 20) oder im eigenen Interesse, aber unter Anerkennung der Herrschaft eines Anderen, wie Mieter, Leiher, Nießbraucher, sog. selbstnützige Detentoren oder Nutzbesitzer; vgl. I. 4, 15, 5. Wird also der Mieter eines Hauses im Mietbesitze gestört, dann hat er nach rR. keine Klage gegen den Störer, sondern er muß seinen Vermieter veranlassen, ihm zu helfen[5]).

---

[5]) Das BGB. hat die römische (und gemeinrechtliche) Unterscheidung von possessio (Herrschaft mit dem Willen, alle anderen auszuschließen) und detentio (sonstige Fälle) beseitigt. Jeder, der die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat, ist Besitzer (§ 854), gleichgültig, ob er diese Gewalt für sich ausschließlich und dauernd (als Eigenbesitzer) oder für sich nur zu bestimmten Zwecken und für die Dauer bestimmter Rechtsverhältnisse (als Mieter, Pächter, Leiher, Nießbraucher) oder überhaupt nur für einen Anderen (als Verwahrer, Beauftragter, Vormund) ausübt.

Immerhin ist auch nach BGB. nicht jeder, der die Möglichkeit hat, auf eine Sache tatsächlich einzuwirken, Besitzer. Übt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen Anderen derart aus, daß er dessen Weisungen zu folgen verpflichtet ist (der Portier, der die Villa der verreisten Herrschaft bewacht, der Dienstmann, der mir mein Gepäck nachträgt), so übt in Wahrheit nicht dieser sog. Besitzdiener oder Besitzgehilfe die Gewalt über die Sache aus, sondern er ist gewissermaßen nur das Werkzeug in der Hand des Herrn, durch welches dieser seine Herrschaft ausübt; nur der Herr gilt deshalb als Besitzer (§ 855) und nur er, nicht der Besitzdiener kann daher zB. wegen Besitzentziehung oder Besitzstörung klagen.

Ein anderer Gegensatz als zwischen Besitzer und Besitzdiener ist der zwischen unmittelbarem und mittelbarem Besitzer. Der Vermieter, Verleiher, Hinterleger, Verpfänder usw., also alle Personen, die eine Sache einem Anderen nur auf Zeit und zu bestimmten Zwecken zum Besitze übergeben, haben nicht die Absicht, sich der tatsächlichen Gewalt völlig und für immer zu begeben. Andererseits ist auch der Mieter, Leiher, Verwahrer, Pfandnehmer usw. nach dem oben Gesagten Besitzer. Das BGB. schreibt diesen beiden Arten von Gewalthabern Besitz zu und nennt die Besitzstellung der ersteren „mittelbaren Besitz“ (§ 868), dem gegenüber man die der zweiten Art als „unmittelbaren Besitz“ bezeichnet. Wird also zB. ein Mieter in seinem Besitze gestört, dann kann sowohl der Vermieter (mittelbarer Besitzer)

2. Fehlerhafter und fehlerfreier Besitz.

Vitiosa possessio ist der mit einem Erwerbsmangel behaftete Besitz, nämlich der vi, clam, precario, also durch gewaltsame oder heimliche Entsetzung des bisherigen Besitzers erlangte, sowie der nur bittweise und auf beliebigen Widerruf eingeräumte Besitz. Diese Besitzfehler entziehen dem vitiosus possessor den Besitzschutz gegenüber dem bisherigen Besitzer (exceptio vitiosae possessionis, unten S. 696), nicht aber dritten gegenüber.[6][7])

3. Rechtmäßiger und unrechtmäßiger Besitz.

Rechtmäßig (iusta possessio) ist der auf einem gehörigen Rechtsgrunde beruhende, „titulierte", unrechtmäßig (iniusta possessio) der eines Rechtstitels entbehrende „untitulierte" Besitz[8]). Für die Frage des Besitzschutzes ist diese Einteilung bedeutungslos; auch der unrechtmäßige Besitzer wird im Besitze geschützt, und zwar — wenn nicht außerdem ein Besitzfehler (2.) vorliegt — auch dem zum Besitze Berechtigten gegenüber. Von Bedeutung ist diese Unter-

---

als auch der Mieter (unmittelbarer Besitzer) die Besitzstörungsklage anstellen. Im Verhältnis des mittelbaren zum unmittelbaren Besitzer gilt aber nur der letztere als Besitzer.

[6]) D. 43, 17, 2: Iusta enim an iniusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto (nämlich uti possidetis, S. 694) nihil refert: qualiscumque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet quam ille qui non possidet.

[7]) Nach BGB. § 858 ist fehlerhaft der durch verbotene Eigenmacht erlangte, d. h. der dem Besitzer ohne dessen Willen widerrechtlich entzogene Besitz.

[8]) Mit den Ausdrücken iusta und iniusta possessio verbinden die Römer aber verschiedene Gegensätze, nämlich einmal rechtmäßigen und unrechtmäßigen Besitz (D. 41, 2, 24, D. 10, 3, 7, 3, D. 5, 3, 31, 2) und andererseits fehlerlosen und fehlerhaften Besitz (D. 43, 17, 1, 9 u. 2, D. 43, 26, 19, pr.).

Der unrechtmäßige Besitzer hat keinen Rechtsgrund seiner Herrschaft, sondern stützt diese allein auf seinen Besitz. Er besitzt lediglich „pro possessore"; D. 5, 3, 11 u. 12: Pro possessore vero possidet praedo, qui interrogatus cur possideat, responsurus sit „quia possideo".

scheidung dagegen zB. für die Ersitzung (unten § 124 c 2) und für die Publiciana (unten § 131).

4. Redlicher und unredlicher Besitz.

Bonae fidei possessor ist, wer nicht weiß, daß sein Besitz unrechtmäßig ist, malae fidei possessor, wer dies weiß (nach manchen auch, wer dies infolge grober Fahrlässigkeit nicht weiß). Der redliche verwandelt sich in einen unredlichen Besitzer, wenn er die Unrechtmäßigkeit seines Besitzes nachträglich erfährt, sog. mala fides superveniens. Von Bedeutung ist diese Unterscheidung u. a. für die Ersitzung (unten § 124 c 3) und den Umfang des Eigentumsanspruchs (unten § 129 d).[9][10]

5. Civilis und naturalis possessio.

Über diesen in den Quellen (zB. D. 43, 16, 9) sich findenden Gegensatz herrscht Streit. Nach Savigny bezeichnet civilis possessio den mit Besitzschutz ausgestatteten (juristischen, S. 674) und den Ersitzungserfordernissen genügenden (Usukapions-) Besitz, während naturalis possessio die bloße De-

---

[9]) Eine weit größere Bedeutung hat diese Unterscheidung im modernen Recht, insofern der gute Glaube beim Erwerbe von Grundstücken oder Rechten an solchen auf Grund des Grundbuchs (BGB. § 892) sowie beim Erwerbe von Mobilien und Rechten an solchen (BGB. §§ 932 ff., 1207) das mangelnde Recht des Veräußerers deckt, unten § 123[9].

Mit der für das Sachenrecht bedeutsamen bona fides im Sinne von „guter Glaube" (Gegensatz: „mala fides", „böser Glaube"), nicht zu verwechseln ist die für das Schuldrecht bedeutungsvolle (oben S. 440[1]) bona fides im Sinne von „Treu und Glauben" (Gegensatz: „dolus", „Arglist").

[10]) Nach dem oben Gesagten beruht der Unterschied zwischen:

a. possessio und detentio (oben 1): auf der Willensrichtung des Besitzers;

b. vitiosa und non vitiosa possessio (oben 2): auf der Erwerbshandlung;

c. iusta und iniusta possessio (oben 3): auf der (objektiven) Berechtigung zum Besitze;

d. bonae und malae fidei possessio (oben 4): auf der (subjektiven) Anschauung des Besitzers über sein Recht zum Besitze.

tention sowie einen juristischen, aber nicht den Ersitzungserforderniſſen entsprechenden Besitz umfassen soll. Nach Windscheid handelt es sich hierbei um den Gegensatz zwischen Besitz nach der natürlichen und Besitz nach der juristischen Auffassung. Als civilis possessio werde ein tatsächliches Gewaltverhältnis nur dann bezeichnet, wenn es vom Recht anerkannt und gebilligt werde; daher sei sowohl der nicht durch die Interdikte geschützte als auch der zwar geschützte, aber vom Recht gemißbilligte Besitz nur naturalis possessio (so der des Nießbrauchers, D. 41, 2, 12 und ferner der auf einer Schenkung des Mannes beruhende Besitz der Frau, da die Schenkung unter Ehegatten nichtig ist, D. 43, 16, 1, 9 und 10, oben S. 571).

§ 117. Erwerb und Verlust des Besitzes.

a. Allgemeines.

1. Besitzen (Besitz haben) kann jede vermögensfähige Person, zB. auch ein Kind, ein Wahnsinniger, eine juristische Person, nicht dagegen ein Sklave und — nach älterem Recht, S. 155 — ein Hauskind[1]). Besitz erwerben und aufgeben kann nur, wer rechtsgültig den Besitzwillen fassen und aufgeben kann (unten b und c).

2. Besessen werden kann jede körperliche[2]) Sache, die im Verkehr steht (D. 41, 2, 30, 1), nicht aber eine universitas facti oder iuris als solche[3]). Ebensowenig ist an

---

[1]) D. 41, 2, 49, 1: Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere possunt, habere possidere non possunt, quia possessio non tantum corporis, sed et iuris est. Später sind Hauskinder soweit besitzfähig als sie erwerbsfähig sind, also hinsichtlich des peculium castrense, quasi castrense, adventicium (D. 41, 3, 4, 1, S. 165).

[2]) D. 41, 2, 3, pr.: Possideri autem possunt quae sunt corporalia. Über den Rechtsbesitz vgl. unten § 119.

[3]) Als besessen gelten daher nur die einzelnen in dem Sachinbegriff (S. 243) oder in dem Vermögensinbegriff (S. 245) zusammengefaßten Sachen, vgl. daher für die Ersitzung D. 41, 3, 30, 2; es gibt ferner keinen Besitzschutz für den Inbegriff, wohl aber unter

den Bestandteilen einer zusammengesetzten Sache ein Sonderbesitz möglich[4]). Dagegen können räumlich abgegrenzte Teile eines Grundstücks besessen werden (D. 41, 2, 26 und 43, pr., nicht aber einer Mobilie D. 6, 1, 8; vgl. dagegen BGB. § 865).

3. An einer Sache ist begrifflich nur ein ausschließlicher und totaler Besitz möglich; es gibt keine possessio plurium in solidum[5]), wohl aber Mitbesitz (compossessio) mehrerer zu bestimmten Bruchteilen (pro partibus indivisis, D. 41, 2, 3, 2 u. 26; 41, 3, 32, 2).

Umständen petitorische Rechtsbehelfe (vindicatio gregis, unten § 129 c, hereditatis petitio, S. 246).

[4]) Der Besitzer eines Hauses hat daher nur an diesem Besitz, nicht aber daneben am Grund und Boden und an den das Haus bildenden Mobilien (Steinen, Balken, Türen, Öfen usw.); vgl. D. 41, 3, 23, pr. Nach positiver Vorschrift soll jedoch die Ersitzung einer Sache nicht dadurch unterbrochen werden, daß der Besitzer sie einer anderen von ihm besessenen Sache einfügt, und die Vereinigung beweglicher Sachen kann ferner so lose sein, daß sie ihre Selbständigkeit überhaupt nicht verlieren; vgl. D. 41, 3, 30, 1.

[5]) D. 41, 2, 3, 5: . . . . plures eandem rem in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Es kommt eine Teilung der Besitzvorteile (S. 673) unter verschiedenen Personen vor. So gilt bei der Verpfändung und beim Prekarium für die Ersitzung der Verpfänder und der precario dans, für den Besitzschutz der Pfandgläubiger und der Prekarist als Besitzer. Ferner wird bei vitioser Besitzentziehung (S. 677) der Besitzentsetzte dem vitiosus possessor gegenüber als noch im Besitze befindlich behandelt, während dritten gegenüber der vitiosus possessor als Besitzer gilt. In der Tat wollten einige Juristen in solchen Fällen eine possessio plurium in solidum konstruieren (unten S. 697[14]). Aber auch in diesen Fällen steht die tatsächliche Gewalt nur einer Person (dem Pfandgläubiger, Prekaristen, vitiosus possessor) zu; nur diese ist in Wahrheit Besitzer, die Zuweisung gewisser Besitzvorteile an einen Anderen beruht auf positiver, durch das praktische Bedürfnis hervorgerufener Vorschrift. Ähnlich ist jetzt im BGB. das Verhältnis von unmittelbarem und mittelbarem Besitz (S. 676[5]).

b. Besitzerwerb.

1. Allgemeines.

Zum Erwerb des (juristischen) Besitzes (Besitzergreifung, apprehensio) gehören nach rR.[6]) das Zusammentreffen von corpus (Erlangung der tatsächlichen Gewalt) und animus (Besitzwille, S. 684).

a. Tatsächliche Gewalt (corpus).

Die tatsächliche Gewalt über eine Sache ist erlangt, wenn jemand „die physische Möglichkeit hat, unmittelbar auf die Sache einzuwirken und jede fremde Wirkung auf sie auszuschließen" (Savigny). Wann dies der Fall ist, hängt von den Umständen des einzelnen Falls ab, wobei es wesentlich ist, ob die Besitzerlangung auf einseitiger Besitzergreifung beruht (sei es an einer besitzfreien Sache durch Aneignung oder an einer besessenen durch Besitzentziehung) oder auf einer Vereinbarung mit dem bisherigen Besitzer.

a. Bei der einseitigen Besitzergreifung ist ein Vorgang erforderlich, welcher eine sofortige unmittelbare Einwirkung ermöglicht und dies nach außen hin erkennbar macht. Dazu gehört bei Mobilien das wirkliche Ergreifen[7]), bei

---

[6]) D. 41, 2, 3, 1: apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore. Dagegen ist nach BGB. die Erlangung der tatsächlichen Gewalt genügend (S. 676[5]).

[7]) Was hierzu nötig ist, hängt von der Verkehrsauffassung ab. Ist die Sache noch nicht tatsächlich in unserer Gewalt, so hindern unsere Bemühungen um ihre Besitzergreifung und deren Kenntnis dritte nicht daran, ihrerseits sofort Besitz zu ergreifen. Wenn Schiffer an einem auf dem Meere treibenden Walfischkörper, den sie nicht sofort bergen können, Merkzeichen, die ihre Besitzergreifung dartun sollen, anbringen, so haben sie den Besitz noch nicht erlangt (vgl. D. 41, 2, 22: Non videtur possessionem adeptus is qui ita nactus est, ut eam retinere non possit). Ebensowenig geht das verwundete und verfolgte Wild vor der Ergreifung in den Besitz des Jägers über (D. 41, 1, 5, 1: quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus). Dagegen erlange ich an dem Wild, das sich in einer von mir rechtmäßig aufgestellten Schlinge unlösbar fängt, sogleich den Besitz; vgl. D. 41, 1, 55.

Besessen werden ferner die Tiere in umzäunten Wildparken und die Fische in geschlossenen Fischteichen (sofern Wildpark und Fischteich

Grundstücken zB. das Setzen von Grenzzeichen, Beackern, Aufstellen von Warnungstafeln usw.[8]).

b. Beim vereinbarten Besitzwechsel greifen freiere Grundsätze Platz, weil es sich hierbei nur um Fortsetzung eines schon begründeten Machtverhältnisses handelt. Hierbei liegt daher der Nachdruck auf der Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers und es genügt, falls diese vorliegt, zum Besitzerwerbe, daß der Erwerber in der Lage ist die Gewalt über die Sache auszuüben (ebenso BGB. § 854 Abs. 2).

1) Der Hauptfall des vereinbarten Besitzwechsels ist die Übergabe (traditio) einer Sache seitens des bisherigen Besitzers an den Besitzerwerber. Hierzu ist Gegenwart beider Beteiligten sowie der zu übergebenden Sache nicht unbedingt erforderlich. Ich erlange zB. den Besitz erkaufter Sachen, wenn sie in meiner Wohnung oder auf meinem Lagerplatz niedergelegt werden (D. 41, 2, 18, 2), wenn ich die erkauften im Forst lagernden Stämme mit meinem Forsthammer anschlage (D. 18, 6, 15, 1), wenn mir die Schlüssel zu dem Raum, in welchem sie liegen, übergeben werden[9]). Bei Grund-

---

als solche besessen werden), nicht aber die in ihrer natürlichen Freiheit befindlichen Tiere und Fische; vgl. D. 41, 2, 3, 14 und 15, D. 41, 1, 5, 2 und 3. Ebensowenig besteht vor der Inbesitznahme Besitz an dem auf meinem Grundstücke befindlichen Schatz (D. 10, 4, 15; 41, 2, 3, 3 und 41, 2 pr.).

[8]) Hierbei gilt jedoch nach rR. die besondere Vorschrift, daß der Besitz von Grundstücken durch heimliche Besitzentsetzung nicht erworben wird; unten S. 688.

[9]) D. 41, 2, 1, 21: Si iusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in praesentia sit, videri mihi traditam Priscus ait, idemque esse, si nummos debitorem iusserim alii dare. non est enim corpore et tactu necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu. argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas, nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint: et vina tradita videri, cum claves cellae vinariae emptori traditae fuerint. In D. 18, 1, 74 verlangt Papinian, daß „claves apud horrea traditae sint", daß die zu übergebenden Waren sich also in der Nähe befinden; dem widerspricht aber außer der obigen Stelle auch D. 41, 1, 9, 6. Ehemals bezeichnete man die

stücken bedarf es ferner nicht der tatsächlichen Einführung des Besitzerwerbers[10]); es genügt auch sog. longa manu traditio, d. h. die Erklärung des bisherigen Besitzers — z.B. von einem benachbarten Turm aus[11]) — daß er dem Besitzerwerber das vor ihnen liegende Grundstück übergebe, falls die sofortige Besitzergreifung möglich ist.

2) Eine weitere Vereinfachung der Besitzübertragung, wobei sich diese durch bloße Willenseinigung vollzieht, findet statt in den Fällen der brevi manu traditio und des constitutum possessorium.

Bei der brevi manu traditio (BGB. § 929 Satz 2) wird der bisherige Detentor juristischer Besitzer (z.B. A verkauft dem B die diesem geliehene oder vermietete oder in Verwahrung gegebene Sache).[12]) Beim constitutum possessorium (BGB. § 930)[13]) wird umgekehrt der bis-

---

Übergabe durch Übergabe der Schlüssel oder durch Anzeichnen als „symbolische" oder „uneigentliche" Übergabe (ficta traditio). Es handelt sich hierbei jedoch, wie Savigny dargetan hat, nicht um symbolische, sondern um tatsächliche Inbesitznahme.

[10]) Mittere oder inducere in vacuam possessionem (D. 41, 2, 33 und 34). Vgl. noch D. 41, 2, 3, 1: quod autem diximus et corpore et animo adquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet: sed sufficit quamlibet partem eius fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere.

[11]) Vgl. D. 41, 2, 18, 2: si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstret vacuamque se possessionem tradere dicat, non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem.

[12]) D. 41, 1, 9, 5: Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti si rem, quam commodavi aut locavi tibi aut apud te deposui, vendidero tibi: licet enim ex ea causa tibi eam non tradiderim, eo tamen, quod patior eam ex causa emptionis apud te esse, tuam efficio.

[13]) Die mittelalterlichen Juristen verlangten die Formel: constituo me possidere nomine alieno; daher der Name.

Nicht zu verwechseln mit dem constitutum des Besitzrechts ist übrigens das constitutum debiti proprii vel alieni des Schuldrechts; S. 511[8].

herige juriſtiſche Beſitzer Detentor (zB. A verkauft dem B ein Pferd, behält es aber zur Leihe oder Miete oder Verwahrung; vgl. zB. D. 6, 1, 77).[14][15])

β. Der Beſitzwille (animus).

a. Juriſtiſcher Beſitzer wird nur, wer den Willen hat, für ſich zu beſitzen, alſo nicht wer nur für einen Anderen detinieren will. Durch Änderung des animus ändert ſich der Charakter der Innehabung, wie die oben unter 2) behandelten Fälle zeigen. Hierbei gilt aber der wichtige Satz: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest (D. 41, 2, 3, 19), d. h. der Detentor kann nicht durch bloße Änderung ſeines Innehabungswillens den Beſitzer ſeines Beſitzes entſetzen und ſelbſt Beſitzer werden[16]); vielmehr iſt dies nur im Einverſtändniſſe mit dem Beſitzer (alſo durch brevi manu traditio) oder durch Betätigung des Aneignungswillens (Ableugnung des Depoſitum, D. 47, 2, 1, 2, Vertreibung des Herrn durch den Pächter, D. 43, 16, 12) möglich.

b. Da hiernach die Erlangung des Beſitzes die Betätigung eines beſtimmt gearteten Willens vorausſetzt, ſo können einerſeits Willensunfähige (Geiſteskranke, Kinder) den Beſitz nicht perſönlich, ſondern nur durch ihre geſetzlichen

---

[14]) Hierin liegt keine Abweichung von dem Grundſatze, daß zum Beſitzerwerb corpus und animus gehören, denn bei der brevi manu traditio hat der Erwerber als bisheriger Detentor die tatſächliche Gewalt bereits, beim constitutum possessorium erhält der Erwerber die tatſächliche Gewalt dadurch, daß er ſie durch den bisherigen Beſitzer als nunmehrigen Detentor ausübt.

[15]) Das BGB. kennt noch einen dritten Fall der Übertragung des (mittelbaren) Beſitzes durch bloße Einigung, nämlich durch Abtretung des Herausgabeanſpruchs (§ 870): A tritt den Anſpruch gegen B auf Herausgabe der ihm geliehenen, vermieteten, zur Verwahrung gegebenen Sache an C ab. Dadurch wird C mittelbarer Beſitzer.

[16]) In einem anderen Sinne gilt der Satz bei der Erſitzung. Hier bedeutet causa possessionis den Beſitztitel (unten § 124 c 2). Daher kann die Erſitzung nie auf Grund eines verbotenen Geſchäfts beginnen (D. 41, 6, 1, 2).

Vertreter erlangen[17]); andererseits erwirbt grundsätzlich Besitz nur, wer von der Erlangung der tatsächlichen Gewalt Kenntnis hat[18]).

2. Besitzerwerb durch Stellvertreter.

Schon nach älterem rR. erwerben die Gewaltunterworfenen (Hauskinder und Sklaven) kraft Gesetzes unmittelbar wie Eigentum so auch Besitz für den Gewalthaber. Ist ihnen ein Pekulium überlassen (S. 339), so erwirbt der Gewalthaber den Besitz der Pekuliarsachen ohne Rücksicht auf ihren etwa abweichenden Willen und auch wenn ihm der Erwerb im einzelnen nicht bekannt war[19]). In der Kaiserzeit wird

---

[17]) Vgl. D. 41, 2, 1, 3: Furiosus, et pupillus sine tutoris auctoritate, non potest incipere possidere quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat. sed pupillus tutore auctore incipiet possidere. Ofilius quidem et Nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt: eam enim rem facti, non iuris esse: quae sententia recipi potest, si eius aetatis sunt, ut intellectum capiant. Noch weiter geht C. 7, 32, 3, wonach es selbst im Falle der Übergabe einer Sache an einen infans zum Zwecke der Schenkung nicht der Mitwirkung des Vormunds bedürfen soll (Donatarum rerum a quacumque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur).

Nach BGB., das einen Besitzwillen als selbständiges Merkmal des Besitzerwerbs nicht verlangt (S. 676[5]), können grundsätzlich auch Geschäftsunfähige Besitz erwerben.

[18]) Wenn der Besitz ausnahmsweise ohne beim Besitzerwerbe geäußertes Wissen und Wollen erworben wird, z.B. durch vereinbarte Verbringung in die custodia des Erwerbers, durch Handlung eines Besitzvertreters (S. 686[24]), so heben die Römer ausdrücklich hervor: „vel ignoranti adquiritur possessio", z.B. D. 41, 1, 13; 41, 2, 3, 12). Für das BGB. dagegen gilt der Satz: „ignoranti non adquiritur possessio" grundsätzlich überhaupt nicht (Anm. 17 Abs. 2).

[19]) D. 41, 2, 1, 5: Item adquirimus possessionem per servum aut filium, qui in potestate est, et quidem earum rerum, quas peculiariter tenent, etiam ignorantes, sicut Sabino et Cassio et Iuliano placuit, quia nostra voluntate intellegantur possidere, qui eis peculium habere permiserimus. igitur ex causa peculiari et infans et furiosus adquirunt possessionem et usucapiunt et heres si hereditarius servus emat (nämlich bei hereditas iacens, S. 239[11]).

ein unmittelbarer Besitzerwerb auch in anderen Fällen anerkannt, zuerst durch Prokuratoren[20]), später auch durch sonstige dritte[21]). Hierzu ist jedoch erforderlich:

α. daß der Vertreter die tatsächliche Gewalt erlangt und den Willen hat, unmittelbar für den Vertretenen zu erwerben[22]);

β. daß der Vertretene den Willen[23]) hat, durch den Vertreter zu erwerben[24]); nur beim Besitzerwerbe durch den

---

[20]) Prokuratoren waren Vertrauenspersonen eines Bürgers (meist Freigelassene desselben), die ständig für ihn tätig waren. Daher erwirbt der Geschäftsherr den Besitz wie beim Pekuliarerwerb (Anm. 19) auch ohne Kenntnis des einzelnen Erwerbsfalls, sofern der Prokurator innerhalb des ihm generell übertragenen Geschäftskreises gehandelt hatte; vgl. D. 41, 1, 13, pr.; 41, 2, 42, 1 und 49.

[21]) Pauli sent. rec. 5, 2, 1: Possessionem acquirimus et animo et corpore: animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno; vgl. D. 41, 1, 53, C. 7, 32, 1.

[22]) Der Vertreter kann aber auch den Willen haben, den Besitz zunächst für sich zu erwerben und ihn durch constitutum possessorium auf den Dritten zu übertragen; vgl. D, 41, 2, 1, 20: Per procuratorem tutorem curatoremve possessio nobis adquiritur. cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam dumtaxat suam accomodarent, nobis non possunt adquirere. alioquin si dicamus per eos non adquiri nobis possessionem, qui nostro nomine accipiunt, futurum, ut neque is possideat cui res tradita sit, quia non habeat animum possidentis, neque is qui tradiderit, quoniam cesserit possessione. Maßgebend ist dafür der Wille des Vertreters, wie er im einzelnen Fall ausdrücklich oder stillschweigend erklärt ist. Ob ein Zwiespalt zwischen dem nach außen kundgegebenen und dem inneren Willen des Vertreters und mit welcher Wirkung zu berücksichtigen sei, war unter den römischen Juristen streitig. Vgl. Ulpian in D. 39, 5, 13 und Julian in D. 41, 1, 37, 6.

[23]) Daher kann eine willensunfähige Person nicht Vertreter sein (D. 41, 2, 1, 9 und 10).

[24]) Unter diesen Voraussetzungen gilt der Satz — und zwar nach richtiger Meinung auch beim Vorliegen einer generellen Ermächtigung —: per procuratorem ignoranti adquiritur possessio (L 2, 9, 5, D. 13, 7, 11, 6, C. 7, 32, 1; S. 685[19]); der Beginn der Ersitzung hängt dagegen von der Erlangung der Kenntnis ab (unten § 124 c 3 γ, D. 41, 2, 49, 2: possessio per procuratorem ignoranti quaeritur, usucapio vero scienti competit).

Nach BGB. wird, wenn der Vertreter ein bloßer Besitzdiener ist (S. 676[5]), der Vertretene Besitzer; ist der Vertreter nicht Besitzdiener, so wird er unmittelbarer, der Vertretene mittelbarer Besitzer.

gesetzlichen Vertreter eines Handlungsunfähigen (Vater, Vormund, Pfleger) kommt es auf den Erwerbswillen des Vertretenen nicht an und auch in anderen Fällen kann er durch nachträgliche Genehmigung ersetzt werden.

c. Besitzverlust.

Der einmal begründete Besitz dauert fort bis zum Eintritt einer Tatsache, die seine Beendigung herbeiführt. Da der Besitz nach rR. auf dem Zusammentreffen von animus und corpus beruht, so ist diese Tatsache der Wegfall entweder des corpus oder des animus.

1. Der Untergang corpore tritt ein, wenn der Besitzer nicht mehr besitzen kann. Ob die tatsächliche Gewalt, sei es mit, sei es ohne Tätigkeit anderer, wirklich weggefallen ist, ist Tatfrage. Zu ihrer Fortdauer ist nicht fortwährende Einwirkung auf die Sache erforderlich, sondern es genügt, wenn das Herrschaftsverhältnis jederzeit wieder hergestellt werden kann, zB. bei Abwesenheit vom Grundstück, oder sich selbst wiederherstellt, zB. bei umherlaufenden Haustieren, die den „animus revertendi" haben. Auch durch eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt, zB. durch zeitweise Überschwemmung eines Grundstücks, Verlegen einer Sache (D. 41, 2, 44, pr.), wird der Besitz nicht beendigt. Es muß eine Verkehrung ins Gegenteil (in contrarium actum)[25]

[25]) Vgl. D. 41, 2, 44, 2: possessionem amitti vel animo vel etiam corpore ... Im Gegensatze hierzu steht ein viel erörterter Ausspruch des Paulus in l. 153 D. de R. J. 50, 17: Fere quibuscumque modis obligamur, isdem in contrarium actis liberamur (S. 507), cum quibus modis adquirimus, isdem in contrarium actis amittimus. ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est. Wahrscheinlich bezieht sich diese Stelle nur auf die freiwillige Besitzaufgabe und verlangt dafür außer dem Entschlusse dessen Betätigung. Nach BGB. kommt wie für den Erwerb, so für den Verlust nur das Bestehen der tatsächlichen Gewalt in Betracht.

eine dauernde Unmöglichkeit der Wiederherstellung eingetreten sein[26]).

Insbesondere geht der Besitz verloren, wenn die Sache in den (wenn auch unrechtmäßigen und fehlerhaften) Besitz eines Anderen gelangte. An Grundstücken endigt er jedoch (D. 41, 2, 46) nicht schon durch Eindringen in Abwesenheit des Besitzers, sondern erst, wenn der Besitzer (oder der gesetzliche Vertreter des geschäftsunfähigen Besitzers) von dem Eindringen Kenntnis erlangt und es duldet oder nicht sofort zu beseitigen vermag.

2. Der Untergang animo tritt ein, wenn der willensfähige (D. 41, 2, 29) Besitzer die Sache nicht mehr besitzen will und seinen Entschluß durch Wort oder Tat äußert. In letzterer Hinsicht genügt zB. längere Vernachlässigung (D. 41, 2, 13, pr. und 47; 41, 3, 37, 1).[27])

3. Sonstige Endigungsgründe sind:

a. Tod des Besitzers. Der Erbe wird zwar mit Antritt der Erbschaft ipso iure Eigentümer der vom Erblasser besessenen Erbschaftssachen, ihr Besitzer jedoch erst durch eine neue Besitzergreifung. Er hat daher, wenn ein Dritter nach dem Tode des Erblassers Erbschaftssachen an sich genommen hatte, kein interdictum recuperandae, sondern nur ein solches adipiscendae possessionis (S. 694[8]). Die Ersitzung läuft aber trotzdem nach dem Tode des Ersitzenden weiter, soweit nicht etwa dritte die Sachen in Besitz nehmen[28]).

---

[26]) Die Römer drücken dies öfters aus: solo animo retinetur possessio, vgl. zB. D. 41, 2, 30, 5 (Anm. 28); ferner D. 41, 2, 3, 13 und 25, pr. Ebenso BGB. § 856 Abs. 2.

[27]) Streitig ist, ob, wenn der Besitzer sich des Besitzes an einen Anderen entschlagen will, der Besitzaufgabewille dadurch bedingt ist, daß der Erwerber tatsächlich den Besitz erlangt, sodaß der Besitz andernfalls nicht verloren geht. Vgl. die berühmte Antinomie zwischen l. 18 § 1 und l. 34, pr. D. 41, 2.

[28]) D. 41, 2, 30, 5: Quod per colonum possideo, heres meus nisi ipse nactus possessionem non poterit possidere: retinere enim animo possessionem possumus, apisci non possumus. sed quod pro emptore possideo per colonum etiam, usucapiet etiam heres meus. Dagegen geht nach BGB. § 857 der Besitz mit dem Erwerb der Erbschaft von selbst auf den Erben über.

β. Untergang der besessenen Sache. Als Untergang gilt auch die Einfügung in eine andere Sache als Bestandteil (S. 242) und in gewissen Grenzen die Entziehung der Verkehrsfähigkeit (D. 41, 2, 30, 1 und 4).

4. Wird der Besitz durch Mittelspersonen ausgeübt, so wirken als Endigungsgründe gleichfalls der Tod des Vertretenen (nicht aber der des Vertreters, D. 41, 2, 25, 1) und der Untergang der Sache. Im übrigen tritt regelmäßig der Verlust animo in der Person des Vertretenen, corpore in der Person des Vertreters ein.

Was den Besitzverlust an den Vertreter selbst betrifft, so kann er sich entweder im Einverständnisse mit dem Vertretenen vollziehen (brevi manu traditio, S. 683) oder er kann eigenmächtig herbeigeführt werden. Über den letzteren Fall vgl. oben S. 684.

§ 118. Schutz des Besitzes.

a. Allgemeines[1]).

1. Wie S. 674 hervorgehoben, ist eine der wichtigsten Rechtsfolgen des Besitzes, daß er als solcher geschützt ist,

---

[1]) Der Besitzschutz ist im positiven Recht aller Kulturvölker anerkannt. Zu den berühmtesten Streitpunkten des Gemeinen Rechts gehören jedoch die beiden Fragen: welches ist der innere (rechtsphilosophische) Grund des Besitzschutzes und wie hat sich im rR. der Besitzschutz geschichtlich entwickelt?

a. Grund des Besitzschutzes.

Man unterscheidet relative und absolute Theorien des Besitzschutzes, eine Einteilung, die der für die sog. Strafrechtstheorien (d. h. die Theorien über den Rechtsgrund der öffentlichen Strafe) üblichen Einteilung nachgebildet ist.

1. Die relativen Besitzschutztheorien beruhen auf dem Gedanken, daß der Besitz nicht um seiner selbst willen geschützt werde, sondern daß der Besitzschutz nur ein Mittel zum Schutze anderweiter rechtlicher Interessen ist. Nach Savigny bezweckt der Besitzschutz den Schutz der Persönlichkeit des Besitzers gegen Gewalt, die Besitzschutzklagen seien im Grunde Deliktsklagen. Dies trifft aber nur für das interdictum unde vi (S. 701) zu, nicht auch für die übrigen Besitz-

ohne Rücksicht darauf, ob der Besitzer ein Recht zum Besitze hat[2]). Es ist daher einer der grundlegenden Sätze des

---

schutzmittel. Nach Jhering wird im Besitz das Eigentum geschützt. Der Besitzer einer Sache sei in der Regel auch deren Eigentümer; der Besitzschutz werde gewährt, um den Eigentümer des umständlichen (unten § 129 b) Beweises seines Eigentums zu überheben. Da dieser Schutz jedoch dem Eigentümer allein auf Grund seines Besitzes zukäme, könne sich auch der besitzende Nichteigentümer darauf berufen. Hiergegen spricht jedoch, daß der selbst sofort zu erbringende Nachweis des Nichteigentums des Besitzes im Besitzprozesse unzulässig ist.

2. Die absoluten Besitzschutztheorien gehen davon aus, daß der Besitz um seiner selbst willen geschützt werde. Die wichtigste derselben ist die Willenstheorie (Bruns, Windscheid): der im Besitze verwirklichte Wille müsse von dem noch nicht verwirklichten Willen geachtet werden; wer den bestehenden Zustand eigenmächtig, d. h. ohne Anrufen der vom Staate eingesetzten Organe, der Gerichte, ändere, verletze den Rechtsfrieden und sei daher, auch wenn die Änderung an sich dem Rechte entsprechen würde, zunächst zur Wiederherstellung des früheren Zustandes verpflichtet.

b. Geschichtliche Grundlage des Besitzschutzes im rR.

1. Nach der einen Ansicht (Jhering) sind die possessorischen Interdikte (S. 694) zur Vorbereitung des petitorium (unten § 129) geschaffen worden: der Besitzprozeß habe bezweckt, festzustellen, welche Partei sich im Eigentumsbesitze befinde, und daher in dem dem Besitzprozeß folgenden Eigentumsprozesse die günstigere Parteistellung des Beklagten einzunehmen habe (vgl. I. 4, 15, 4); vgl. S. 696[18].

2. Nach der anderen Meinung ist die Feststellung der Parteirollen im Eigentumsprozesse zwar eine wichtige Funktion der Besitzklagen aber nicht die alleinige und ursprüngliche. Nach Niebuhr und Dernburg dienten die Interdikte ursprünglich zum Schutze des Besitzes am ager publicus. Diesem wichtigen (S. 99[4]) Bestandteile des Vermögens der römischen Bürger habe der Eigentumsschutz gefehlt, da Eigentum daran — als an einer res extra commercium — nicht habe erworben werden können; da ein Rechtsschutz nicht zu entbehren gewesen sei, habe der Prätor durch Schutz des Besitzes geholfen.

[2]) Der Besitzschutz kommt natürlich auch demjenigen zu gute, der ein Recht zum Besitze hat. Von besonderer Bedeutung ist er aber gerade für denjenigen, der eines solchen Rechts entbehrt. Der Eigentümer oder der Ersitzungsbesitzer, der im Besitze gestört oder dem der Besitz entzogen wird, kann gegen den Täter mit petitorischen Rechtsbehelfen, der actio negatoria und der rei vindicatio oder der Publiciana (unten §§ 129 ff.), vorgehen, wenn es ihm auch unter Umständen wegen des einfacheren Beweises (S. 695) bequemer sein wird, possessorisch zu klagen. Wer aber zB. eine Sache als Pfandgläubiger,

Besitzprozesses, daß dem wegen Störung oder Entziehung des Besitzes vorgehenden Kläger vom Beklagten nicht die sog. exceptio dominii, d. h. der Einwand entgegengestellt werden kann, der vom Beklagten — wenn auch durch „verbotene Eigenmacht", wie das BGB. sagt (S. 677[7]) — hergestellte Zustand entspreche dem Rechte (ebenso BGB. § 863).[3])[4])

Prekarist oder Sequester besitzt, wäre gegen Eingriffe regelmäßig schutzlos, wenn er nicht possessorisch klagen könnte. Das Gleiche gilt für den Dieb, der zwar dem Bestohlenen gegenüber des Rechtsschutzes unwürdig ist, nicht aber einem Dritten gegenüber (qualiscumque enim possessor hoc ipso, quod possidet, plus iuris habet quam ille, qui non possidet, D. 43, 17, 2, oben S. 674); auch er ist auf die possessorischen Rechtsbehelfe angewiesen, da er weder Eigentümer noch Ersitzungsbesitzer ist, ihm also weder die rei vindicatio oder negatoria noch die Publiciana zur Seite steht.

[3]) Hat z.B. A den B am 1. Oktober des Besitzes eines Wohnhauses entsetzt, so kann er der Besitzklage nicht den Einwand entgegenstellen, er habe das Haus vom 1. Oktober ab von B gemietet. Rechtsbehelfe, denen petitorische, d. h. dem Recht zum Besitz entnommene Einwendungen entgegengestellt werden können, sind keine possessorischen, sondern petitorische Rechtsschutzmittel (vgl. unten S. 704 über das interdictum de precario). Dagegen ist im Besitzprozeß unter Umständen eine andere Einwendung von Bedeutung, nämlich der Einwand, der Kläger könne sich auf seinen — vom Beklagten gestörten oder vernichteten — Besitzstand nicht berufen, da der letztere dem Beklagten gegenüber als fehlerhaft hergestellt (S. 677) nicht in Betracht komme (sog. exceptio vitiosae possessionis, unten S. 696).

[4]) Da im Besitzprozeß, wie in Anm. 3 dargetan, das Recht zum Besitz unerörtert bleibt, so ist der im Besitzprozeß Unterliegende nicht gehindert, den ihm abgesprochenen Besitz durch eine petitorische Klage zurückzuverlangen. Z.B. A hat dem B ein Pferd verpfändet, nach Abzahlung der Schuld die Rückgabe des Pferdes verlangt, bei Bs Weigerung aber nicht geklagt, sondern dem B das Pferd heimlich aus dem Stalle geholt. Dann kann B possessorisch auf Rückgabe klagen. Wird A hierzu verurteilt, so kann B der auf seine Verpflichtung zur Auslieferung des Pferdes an A infolge des Erlöschens des Pfandrechts gestützten (petitorischen) Klage des A (actio pigneraticia in personam directa, unten § 141 a 3 α) nicht die exceptio rei iudicatae entgegensetzen; vgl. D. 44, 2, 14, 3: Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur. Insofern schafft die Entscheidung im Besitzprozesse unter

2. Ein Eingriff in den Besitzstand kann in doppelter Weise erfolgen: durch bloße Störung und durch völlige Entziehung des Besitzes. Eine Besitzstörung liegt vor, wenn jemand in den Besitz eines Anderen nur in einzelnen Beziehungen eingreift, sei es, daß er selbst gewisse Besitzhandlungen vornimmt oder daß er den Besitzer an der beliebigen Vornahme solcher Handlungen hindert[5]).

3. Die Abwehr „verbotener Eigenmacht" (BGB. § 858), d. h. eines vom Rechte nicht gestatteten und gegen den Willen des Besitzers erfolgenden Eingriffs in den Besitzstand, kann, wie die Abwehr sonstiger Verletzungen der Rechtsordnung (S. 373), erfolgen durch Selbstschutz (unten b) und durch Rechtsschutz (unten c).

b. Selbstschutz des Besitzers.

Der Selbstschutz (S. 374) hat gerade für den Schutz des Besitzstandes eine besondere Bedeutung. Zunächst gilt für die Verteidigung des bedrohten Besitzstandes auch hier der Satz: vim vi repellere licet (D. 43, 16, 1, 27). Man ist aber darüber hinaus zur gewaltsamen Wiedererlangung des schon entzogenen Besitzes befugt, sofern sie in unmittelbarem Anschluß an die Besitzentsetzung erfolgt[6]). Dagegen

---

Umständen nur eine vorläufige Regelung des Besitzstandes. Läuft daher neben dem Besitzprozeß ein petitorisches Verfahren einher (hat zB. im vorstehenden Falle A, als er von B auf Rückgabe des Pferdes possessorisch verklagt wurde, seinerseits sofort auf Feststellung, daß B zur Rückgabe des Pferdes wegen Beendigung des Pfandrechts verpflichtet sei, geklagt, vgl. D. 41, 2, 12, 1) und führt das Petitorium früher zu einem endgültigen Ergebnis, so wird das Possessorium dadurch gegenstandslos („petitorium absorbet possessorium", vgl. BGB. § 864 Abs. 2).

[5]) Beispiele positiver Besitzstörungen sind aus den Quellen zB.: Immission (unten § 121 b 1) von Rauch oder Steinsplittern (D. 8, 5, 8, 5), Bauen, Graben, Säen auf fremdem Grund und Boden (D. 39, 1, 5, 10); Beispiele negativer Besitzstörungen zB.: Hinderung des Besitzers an einem Bau (D. 41, 2, 52, 1; 43, 16, 11) oder einer Reparatur (D. 10, 3, 12; 43, 17, 3, 2 ff.).

[6]) D. 43, 16, 3, 9: Eum igitur, qui cum armis venit, possumus armis repellere, sed hoc confestim, non ex intervallo,

ist es dem Eigentümer in anderen Fällen (C. 8, 4, 7, S. 376) bei Strafe des Verlustes seines Eigentums ausdrücklich verboten, sich eigenmächtig in den Besitz der von einem Anderen besessenen Sache zu setzen[7]).

c. Rechtsschutz des Besitzers.

Die dem Besitzer gegen einen Eingriff in seinen Besitzstand gewährten Rechtsschutzmittel bezwecken je nach der Art des Eingriffs (S. 692): den Schutz des bestehenden Besitzes gegen Störung oder die Wiedererlangung des entzogenen Besitzes. Die Besitzschutzmittel des rR. beruhen auf dem Imperium des Prätors und wurden im Interdiktenverfahren gewährt. Diese besondere Verfahrensart fiel in der Kaiserzeit fort, die Bezeichnung der Besitzschutzmittel als interdicta erhielt sich aber und man bezeichnet noch heute die Besitzklagen als „possessorische Interdikte", den Besitzschutz als „Interdiktenschutz" und den juristischen Besitz als „Interdiktenbesitz".

Nach dem oben erwähnten Zwecke sind zwei Klassen von Interdikten zu unterscheiden: interdicta retinendae possessionis auf Wiederherstellung gestörten und interdicta recuperandae possessionis auf Wiederherstellung entzogenen Besitzes[8]).

---

dummodo sciamus non solum resistere permissum, ne deiciatur, sed et si deiectus quis fuerit, eundem deicere non ex intervallo, sed ex continenti. Ganz ähnlich BGB. § 859.

[7]) Hierdurch ist jedoch die Selbstbefriedigung nur dem juristischen Besitzer gegenüber verboten. Dem Detentor, so vor allem einem Mieter oder Pächter, kann der juristische Besitzer nach rR. stets eigenmächtig die Sache wegnehmen; denn dem Besitzer gegenüber ist der Detentor schutzlos. In der durch die Erhebung zu unmittelbaren Besitzern herbeigeführten Sicherung der Rechtsstellung der bisherigen Detentoren liegt der wesentlichste Fortschritt des Besitzrechts des BGB. (S. 676[5]).

[8]) Wenn man unter „possessorischen Interdikten" oder „Besitzklagen" diejenigen Rechtsbehelfe versteht, bei denen es sich im Gegensatz zu den petitorischen Klagen (quae proprietatis causam habent) um die Regelung des Besitzes als solchen, ohne Rücksicht auf das Recht zum Besitze, handelt (quae possessionis causam continent), bei denen also die erfolgte Regelung des Besitzstandes keine endgültige ist,

1. Besitzschutz gegen Störung.

a. Das ältere rR. gewährte dem in seinem **Besitze** gestörten Besitzer zwei nach Voraussetzungen und **Wirkungen** verschiedenartig gestaltete interdicta retinendae possessionis: das interdictum uti possidetis für **Grundstücke** und das interdictum utrubi für **Mobilien**[9]).

a. Die Formel des interdictum uti possidetis lautet (D. 43, 17, 1, pr. Ait praetor): Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto[10]). Im Besitzstörungsstreit um Grundstücke siegt

---

so gehört zu ihnen noch eine dritte Gattung von Interdikten, nämlich die interdicta adipiscendae possessionis, mit welchen ein Besitz neuerstrebt wird. Zu ihnen gehört z.B. das interdictum quorum bonorum des vom Prätor in eine Erbschaft Eingewiesenen (bonorum possessor) zur Erlangung der im Besitze von dritten befindlichen res hereditariae (D. 43, 2); das interdictum quod legatorum für den Erben gegen den Legatar, der sich eigenmächtig in den Besitz der vermachten Sache gesetzt hat (D. 43, 3); das interdictum Salvianum für den Vermieter und Verpächter zur Geltendmachung ihres Pfandrechts an den invecta et illata des Mieters und den Feldfrüchten des Pächters (S. 580). Bei der hier zu behandelnden Frage des Besitzschutzes kommen aber nur die Rechtsbehelfe in Betracht, welche die Wiederherstellung eines bereits vorhanden gewesenen Besitzstandes bezwecken (interd. retinendae und recuperandae possessionis). Auch das BGB. (§§ 861, 862) versteht unter Besitzklagen nur die Klagen wegen Entziehung oder Störung des schon vorhanden gewesenen Besitzes.

[9]) D. 43, 17, C. 8, 6: Uti possidetis. D. 43, 31: Utrubi. Benannt nach den Anfangsworten der Formula.

[10]) Savigny zog aus diesen auch im interdictum utrubi sich findenden (S. 695) Worten den Schluß, daß die Besitzinterdikte Deliktscharakter gehabt hätten, indem er annahm, daß die Rechtsfolgen des Interdikts nur bei gewalttätigem Handeln gegen das im Interdikt ausgesprochene Verbot eintreten sollten. Er folgerte hieraus, daß zur Anwendung des Interdikts bloß wörtliche Besitzanmaßung („Verbalstörung", controversia de possessione) nicht genüge, vielmehr „Realstörung" (turbatio) erforderlich sei. Dem widerspricht jedenfalls, daß das interdictum uti possidetis auch für den Fall anwendbar ist, daß eine Störung überhaupt noch nicht erfolgt, sondern das Interdikt lediglich als Präjudizialklage zur Vorbereitung des Eigentumstreites angestellt wird (S. 696[15]). In der Tat bedeuten die Edikтsworte „vim

also der Kläger, wenn der iudex feststellt, daß der Kläger beim Erlaß des Interdikts (interdictum redditum) und seit das Interdiktenverfahren als besondere Verfahrensart fortgefallen war, zur Zeit der Litiskontestation in — dem Beklagten gegenüber, S. 696 — fehlerfreiem Besitze gewesen ist.

b. Die Formel des interdictum utrubi lautet (D. 43, 31, pr. Praetor ait): Utrubi hic homo, quo de agitur, maiore parte huiusce anni [nec vi nec clam nec precario ab altero] fuit, quo minus is eum ducat, vim fieri veto. Im Besitzstörungsprozeß um Mobilien war hiernach nicht der fehlerlose Besitz im Augenblicke der Klaganstellung maßgebend; vielmehr siegte die Partei, die im Laufe des letzten Jahres vor der Klaganstellung (interd. redditum, später Litiskontestation) länger im fehlerlosen Besitze gewesen war als der Gegner (D. 50, 16, 156). Jede Partei konnte sich aber die fehlerlose Besitzzeit ihrer Besitzvorgänger anrechnen (sog. accessio possessionis).[11])

Im justinianischen Recht ist aber diese Eigentümlichkeit des Besitzstörungsprozesses für Mobilien weggefallen und die Grundsätze des interdictum uti possidetis finden auch auf bewegliche Sachen Anwendung[12]).

β. Der Kläger muß hiernach nach jüngstem rR. zur Begründung des Anspruchs auf Besitzschutz in allen Fällen behaupten, daß er im juristischen Besitze der streitigen Sache

---

fieri veto" (was erst aus Gajus' Institutionen festgestellt worden ist, sodaß Savigny davon noch keine Kenntnis hatte) nicht, daß Voraussetzung der Klage aus dem interdictum uti possidetis gewaltsames Handeln gegen das darin ausgesprochene Verbot ist, sondern diese Worte beziehen sich auf die im Verfahren des interdictum uti possidetis vorgeschriebene symbolische Gewaltansage (unten S. 699).

[11]) G. 4, 151: Sed in utrubi interdicto non solum sua cuique possessio prodest, sed etiam alterius, quam iustum est ei accedere, veluti eius cui heres extiterit, eiusque a quo emerit vel ex donatione aut dotis nomine acceperit.

[12]) D. 43, 31, 1: . . . optinuit vim eius (des interdictum utrubi) exaequatam fuisse uti possidetis interdicto, quod de rebus soli competit, ut is et in hoc interdicto vincat, qui nec vi nec clam nec precario, dum super hoc ab adversario inquietatur, possessionem habet.

ist und daß der Beklagte ihn hierin stört. Der Beklagte kann hiergegen keinenfalls einwenden, daß er zu dieser Störung berechtigt sei (exceptio dominii); denn das wäre eine im „Possessorium" unzulässige petitorische Einrede (S. 691[3]). Der Beklagte kann vielmehr nur:

a. entweder bestreiten, daß der Kläger juristischer Besitzer ist oder daß er den Kläger gestört hat[12]); dann muß der Kläger beides beweisen;

b. oder dies zugeben, aber einwenden, daß der Kläger sich dem Beklagten gegenüber im fehlerhaften Besitze befinde (sog. exceptio vitiosae possessionis). Hat sich nämlich der Kläger ohne Willen des Beklagten (vi aut clam) der Sache bemächtigt oder die ihm vom Beklagten auf beliebigen Widerruf (precario, S. 582[1]) überlassene Sache nach erfolgtem Widerruf nicht zurückgegeben, so ist er zwar juristischer Besitzer geworden (und daher allen anderen gegenüber geschützt). Dem Beklagten gegenüber kann er sich jedoch seines Besitzes nicht bedienen; denn nach der Formel des Interdikts wird er nur dann

---

[12]) Häufig wird der Beklagte der Besitzstörungsklage des Klägers gegenüber einwenden, daß er selbst im Besitz des Streitgegenstands und seine vom Gegner als Störung seines Besitzes aufgefaßte Handlung nichts anderes als eine Betätigung des eigenen Besitzes ist, zB. wenn beide Teile ihr Vieh auf einem Weidestück weiden oder in einem Walde Holz schlagen lassen.

Behaupten beide Teile juristischen Besitz, dann kann das interd. uti possidetis, auch ohne daß schon eine Störung vorgekommen ist, zu dem Zwecke angestellt werden, um für das darauf folgende Petitorium die Parteirollen festzustellen (D. 43, 17, 1, 3). Hier hat der Richter lediglich festzustellen, wer fehlerloser Besitzer ist. Das interd. uti possidetis hat dann den Charakter einer Feststellungs- oder Präjudizialklage (vgl. CPO. § 256). Viele betrachten diesen Fall als den Ausgangspunkt der Besitzschutzklagen (S. 690[1]) und nehmen an, daß das interdictum uti possidetis erst später auf den Fall übertragen sei, daß jemand, ohne Besitz für sich in Anspruch zu nehmen, in den Besitzstand eines Anderen eingreift; vgl. G. 4, 148: Retinendae possessionis causa solet interdictum reddi, cum ab utraque parte de proprietate alicuius rei controversia est, et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat; cuius rei gratia comparata sunt uti possidetis et utrubi.

geschützt, wenn „nec vi nec clam nec precario alter ab altero“ besitzt[14]).

---

[14]) Behauptet der Beklagte seinerseits, im Besitze der Streitsache zu sein (Anm. 13), so hat das Verfahren die Natur eines duplex iudicium, ähnlich wie bei den Teilungsklagen (S. 628); der Richter kann sich, falls der Beklagte seinen Besitz beweist, nicht darauf beschränken, den Kläger abzuweisen, sondern er muß dem Beklagten den Besitz zusprechen (I. 4, 15, 7, D. 43, 17, 3, 2 und 44, 7, 37, 1). Diese Duplizität des Verfahrens kommt in dem an beide Parteien sich richtenden Text des i. u. p. zum Ausdruck.

Eine berühmte Streitfrage des Gem. R. ist nun, ob das i. u. p. auch in dem Falle zu einem iudicium duplex führen kann, wenn eine der Parteien den Besitz des Gegners zugesteht, aber einwendet, daß dieser ihn von ihr vi clam precario erlangt habe. ZB.: A hat im Sommer ein Ackerstück abgeerntet. Als er im Herbst den Acker neu bestellen will, wird er von B daran gehindert. Gegen As Klage aus dem i. u. p. erhebt B die exceptio vitiosae possessionis, indem er beweist, daß er den Acker im Frühjahr bestellt und A die Aberntung heimlich bewirkt hat. Es fragt sich nun, ob der Richter in solchem Falle sich auf Abweisung des Klägers beschränken oder darüber hinaus dem Beklagten den Besitz zusprechen müsse. Wäre letzteres richtig, so würde das interd. uti possidetis, das die Römer zweifellos zu den interdicta retinendae possessionis rechneteten, rekuperatorische Wirkung erhalten und es müßte dann folgerichtig der seines Besitz vi clam precario Entsetzte gegen den iniustus possessor auch als Kläger mit dem i. u. p. vorgehen können, wäre also auf den an andere Voraussetzungen gebundenen Besitzschutz wegen Besitzentziehung (unten 2) nicht angewiesen.

In der Tat waren einzelne römische Juristen geneigt, dem i. u. p. rekuperatorische Wirkung zuzuschreiben. Mit der Tatsache, daß das i. u. p. lediglich ein interdictum retinendae nicht recuperandae possessionis war, fanden sie sich dadurch ab, daß sie den vi clam precario seines Besitzes Entsetzten im Verhältnis zum iniustus possessor als noch im Besitz befindlich fingierten. Da der letztere nun aber dritten gegenüber zweifellos juristischen Besitz hatte, so mußten sie eine possessio plurium in solidum annehmen, wobei der iustus possessor fingierter, der iniustus possessor wirklicher Besitzer war (Ulpian in D. 43, 17, 3, pr.). Diese dem Begriffe des Besitzes widersprechende (S. 680) Konstruktion wurde von Paulus in D. 41, 2, 3, 5 energisch zurückgewiesen: plures eandem rem in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque it tenere videaris. Windscheid leugnet deshalb auch für das Gem. R. die rekuperatorische Kraft des interdictum uti possidetis, während Savigny sie für den Fall, daß der iniustus possessor wegen Störung gegen den iustus possessor klagt und Dern-

γ. Das Ziel des i. u. p. ist: Zuweisung des Besitzes an eine der Parteien in den Fällen, in welchen das i. u. p. als Präjudizialklage angestellt wird (S. 696[15]); ferner, falls eine Störung schon eingetreten ist, Beseitigung derselben (D. 43, 17, 3, 9) und Strafandrohung nebst Auflage zur Sicherstellung für den Fall erneuter Störung (C. 8, 6, 1), endlich Schadensersatz, wenn den Störer ein Verschulden trifft (D. 43, 17, 3, 11). Der Anspruch aus der Störung verjährt in einem annus utilis (D. 43, 17, 1, pr.; vgl. BGB. § 864).

δ. Das Verfahren im Besitzstörungsprozesse vollzog sich im justin. Recht nach den allgemeinen Verfahrensvorschriften. Wer sich in seinem Besitze gestört fühlte, klagte mit dem int. uti possidetis wie mit jeder anderen actio (I. 4, 15, 8). Daß man auch jetzt noch von interdictum statt von actio sprach, ist lediglich eine entwickelungsgeschichtliche Erinnerung. Im klassischen Recht dagegen war das Interdiktenverfahren eine besondere Verfahrensart und das Verfahren im int. uti possidetis wegen der Möglichkeit eines iudicium duplex (S. 697[14]) besonderen Vorschriften unterworfen. Fühlt zB. A sich in dem Besitze seines Grundstücks x durch einen Eingriff seines Nachbars B als Besitzers des Grundstücks y (zB. durch einen Überbau, durch Immission von Rauch) gestört, so erbittet er vom Prätor den Erlaß des int. uti possidetis. Der Prätor erläßt nunmehr, ohne auf die Frage, ob tatsächlich eine Besitzstörung vorliegt, einzugehen, im Verwaltungswege an beide Teile das Interdikt, welches nur ganz allgemein jeder der Parteien verbietet, den fehlerlosen Besitz der anderen zu stören. B kann nun jedes weitere Verfahren dadurch vermeiden, daß er die von A als Besitzstörung bezeichnete Anlage beseitigt. Erst wenn er dies nicht tut, schließt sich an den Erlaß des Interdikts (inter-

---

burg auch für den Fall anerkennt, daß der iustus possessor als Kläger auftritt.

Dagegen hatte das interd. utrubi unzweifelhaft rekuperatorische Kraft; denn für diesen Rechtsbehelf kam es nicht darauf an, wer von den Parteien zur Zeit des Klageerhebung fehlerlos besaß, sondern es siegte die Partei, die im letzten Jahre die längere Zeit fehlerlos besessen hatte, auch wenn sie im Augenblicke der Klageerhebung nicht mehr besaß.

dictum redditum) ein gerichtliches Verfahren, in welchem festgestellt wird, ob eine Störung des Besitzes des A tatsächlich vorliegt. Zur Einleitung dieses Verfahrens ist sodann jede Partei, ähnlich wie beim Eigentumsprozeß (unten § 129 f) verpflichtet, eine gegen das Interdikt gerichtete symbolische Handlung („vis ex conventu") vorzunehmen, durch welche sie zu erkennen gibt, daß sie die Bedingung des in dem Interdikt liegenden Verbots nicht für gegeben erachte, daß nämlich ihr Verhalten nicht eine Störung des fehlerlosen Besitzes des Gegners darstelle. Jede Partei ist ferner verpflichtet, eine Strafsumme (sponsio) zu versprechen, für den Fall, daß ihr Handeln sich als gegen das Interdikt verstoßend d. h. als Besitzstörung erweist, wogegen der Gegner die gleiche Summe (restipulatio) dagegen setzt. Jede Partei leistet also, eben weil ein iudicium duplex herbeigeführt werden soll, eine sponsio und eine restipulatio. Auf Zahlung der sponsio und restipulatio wird sodann im ordentlichen Verfahren Klage erhoben. Wird nun zB. in iudicio festgestellt, daß B den fehlerlosen Besitz des A durch den Überbau gestört hat, so wird er zur Zahlung der von ihm versprochenen sponsio und der restipulatio verurteilt und damit ist mittelbar („incidenter") der Besitzstreit entschieden.

Handelt es sich beim interdictum uti possidetis um ein fruchttragendes Grundstück, so findet ferner die fructus licitatio statt, d. h. es wird die einstweilige Innehabung während der Dauer des Besitzprozesses mit dem Rechte zur Fruchtziehung der Partei, welche für den Fall des Unterliegens die höhere Summe verspricht, übertragen. In einem solchen Falle kommt es daher zu einem vierfachen iudicium: über die doppelten Strafsponsionen, über die Herausgabe der Sache nebst den Früchten (iudicium Cascellianum s. secutorium) und über die Lizitationssumme (iudicium fructuarium). Wer bei der Lizitation den (vorläufigen) Besitz überwiesen erhalten hat, muß daher, falls er im Besitzprozeß unterliegt, die doppelte Strafe, sowie die ebenfalls als Strafe gedachte Lizitationssumme zahlen und außerdem die Sache mit den Früchten herausgeben.

Weigert sich der Beklagte diese das gerichtliche Verfahren erst in Gang bringenden Prozeßakte (symbolische Gewalt, Strafsponsion, fructus licitatio) vorzunehmen, so wird er durch ein neues Interdikt (secundarium interdictum) ohne weiteres zur Beseitigung der Störung verurteilt.[15])[16])

2. Besitzschutz gegen Entziehung.

Interdicta recuperandae possessionis, d. h. Rechtsbehelfe zur Wiedererlangung entzogenen Besitzes sind das interdictum unde (oder de) vi und das interdictum de precario.

---

[15]) Das Verfahren nach Erlaß des interdictum uti possidetis, insbesondere der Zwang zum symbolischen Handeln gegen das Verbot („vim fieri veto", vgl. oben S. 694) ist erst aufgehellt durch G. 4, 166 ff.; vgl. besonders G. 4, 170: Sed quia nonnulli interdicto reddito cetera ex interdicto facere nolebant, atque ob id non poterat res expediri, praetor, in eam rem prospexit et comparavit interdicta, quae secundaria appellamus, quod secundo loco redduntur. quorum vis et potestas haec est, ut qui cetera ex interdicto non faciat, veluti qui vim non faciat aut fructus non liceatur aut qui fructus licitationis satis non det aut si sponsiones non faciat sponsionumve iudicia non accipiat, sive possideat, restituat adversario possessionem, sive non possideat, vim illi possidenti ne faciat. itaque etsi alias potuerit interdicto uti possidetis vincere si cetera ex interdicto fecisset, si non fecit, tamen per interdictum secundarium vincitur.

[16]) Seit dem Mittelalter erhielt das Verfahren des interdictum uti possidetis den Namen possessorium ordinarium und wurde zu einer Klage aus älterem oder „tituliertem" Besitz, also auf petitorischer Grundlage. Neben ihm schuf die kanonisch-gemeinrechtliche Praxis, zunächst wegen der Gefahr von Waffengewalt, sodann wegen der Umständlichkeit des ordinarium, besonders seit dessen petitorischer Umformung, das possessorium summariissimum, welches demjenigen, der die letzte ruhige Besitzhandlung glaubhaft machte, vorläufig den Besitz der Streitsache zuerteilte, unbeschadet einer anderen Besitzregulierung im ordentlichen Besitzverfahren.

Heute erfolgt die vorläufige Zuweisung des Besitzes im Wege der einstweiligen Verfügungen (CPO. § 940). Die materiellen Voraussetzungen der Besitzstörungsklage enthalten die §§ 862 ff. BGB.

a. Interdictum unde vi[17]).

a. Voraussetzungen dieses Rechtsbehelfs sind[18]):

1) Verdrängung (deiectio) aus dem juristischen Besitz eines Grundstücks. Das Interdikt steht also nur dem juristischen Besitzer (D. 43, 16, 1, 9 und 23, nicht zB. einem Mieter, der also dem ihn entsetzenden Vermieter gegenüber schutzlos war, oben S. 574) und nur bei Entziehung des Besitzes eines Grundstücks zu. Für bewegliche Sachen (zB. Schiffe, D. 43, 16, 1, 7) war der Entsetzte — nachdem das auch rekuperatorisch wirkende interdictum utrubi (S. 698[14]) seine Eigenart verloren hatte (S. 695) — auf die actio furti und die condictio furtiva (S. 658 ff.), gegebenenfalls auf eine actio vi bonorum raptorum (S. 660) oder die actio ad exhibendum (S. 645) angewiesen (D. 43, 16, 1, 6).[19])

---

[17]) D. 43, 16: De vi et de vi armata; C. 8, 4: Unde vi. Nicht zu verwechseln mit dem interdictum unde vi des juristischen Besitzers gegen Besitzentziehung ist das unten § 121 b 3 β zu besprechende interdictum quod vi aut clam, durch welches jeder Interessent — auch ein bloßer Detentor — gegen ihn schädigende eigenmächtige Veränderungen (vi aut clam) an einem Grundstücke geschützt ist.

[18]) Die das interdictum unde vi betreffende Ediktsstelle lautete (D. 43, 16, 1, pr., Praetor ait): „Unde tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit, de eo quaeque ille tunc ibi habuit tantummodo intra annum, post annum de eo, quod ad eum qui vi deiecit pervenerit, iudicium dabo".

[19]) Streitig ist, ob das interdictum unde vi unmittelbar oder analog auf Mobilien ausgedehnt worden ist. Man berief sich hierfür auf das (dem Kodextitel „unde vi" einverleibte) bekannte Gesetz der Kaiser Valentinian, Theodosius und Arkadius von 389 n. Chr. (C. 8, 4, 7), welches die Selbsthülfe gegen den Besitzer verbot und die Rückgabe der Sache an ihn vorschreibt (S. 376). Mit welcher Klage die Rückforderung verlangt werden könne, ist dort jedoch nicht gesagt.

Anerkannt ist dagegen — weil der Besitz, obwohl kein ius im eigentlichen Sinne, so doch mit Rechtsvorteilen verknüpft ist, S. 673[3] —, daß Besitz, den ein Anderer vom bisherigen Besitzer ohne Rechtsgrund erlangt, sei es zufällig, zB. an einem zugelaufenen Tiere, sei es durch seine Handlung, zB. Unterschlagung der verwahrten Sache, mit einer Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückgefordert werden könne

2) Gewaltsame Verdrängung (durch vis atrox oder Bedrohung, D. 43, 16, 1, 3, vgl. D. 43, 16, 1, 29). Der gewaltsamen Verdrängung wurde nach C. 8, 4, 11 die eigenmächtige Besitzergreifung eines Grundstücks in Abwesenheit des Besitzers gleichgestellt[20]).

b. Als Beklagter unterliegt dem interdictum unde vi der Dejizient, gleichgültig ob er noch im Besitz ist oder nicht (D. 43, 16, 1, 42). Als Dejizient gilt aber auch, wer die Dejektion veranlaßt oder genehmigt (D. 43, 16, 1, 12 bis 14). Das interdictum unde vi geht nach Ablauf eines annus utilis und gegen die Erben von vornherein nur auf die Bereicherung (D. 43, 16, 1, 1, C. 8, 4, 2), gegen Sondernachfolger überhaupt nicht (D. 43, 16, 7).

Dem Beklagten steht — anders als beim int. uti possidetis, S. 696 — die exceptio vitiosae possessionis ab adversario, also der Einwand, daß er sich nur eines Besitzes wieder bemächtigt habe, den ihm der Kläger vorher eigenmächtig entzogen habe, nicht zu[21]), ebensowenig eine petitorische

---

(condictio possessionis, D. 12, 6, 15, 1; 13, 3, 2; 47, 2, 25, 1). Die Bereicherungsklage ist keine eigentliche Besitzklage; sie unterliegt daher nicht der exceptio vitiosae possessionis, dagegen der exceptio dominii und sonstigen petitorischen Einreden, verjährt in 30 Jahren und geht unbeschränkt auch gegen den Erben.

[20]) Gegen heimliche Besitzentziehung gab es wahrscheinlich ursprünglich ein interdictum de clandestina possessione, das jedenfalls im justinianischen Rechte weggefallen ist. Für Grundstücke wurde es durch obigen Satz überflüssig, für bewegliche Sachen half die actio furti, die condictio furtiva und die condictio possessionis.

[21]) Neben dem interdictum unde vi wurde in der unruhigen Zeit der Bürgerkriege noch ein interdictum de vi armata aufgestellt, bei dem (im Gegensatze zur vis cottidiana) die exceptio vitiosae possessionis ausgeschlossen war (G. 4, 154, 155, I. 4, 15, 6). Im justinianischen Rechte sind die beiden Interdikte verschmolzen und die exceptio vitiosae possessionis nunmehr auch bei dem interdictum de vi cottidiana versagt. Nach Jhering soll außerdem in der Kaiserzeit noch ein erweiterter Besitzschutz gegen jeden Besitzverlust ohne den Willen des Besitzers durch eine actio momentariae possessionis oder actio momenti gewährt worden sein (C. 8, 4, 8). Im jüngsten rR. war diese Klage jedenfalls nicht mehr vorhanden.

Einrede, d. h. der Einwand, daß der Beklagte zum Besitze berechtigt sei (z.B. als Eigentümer oder Pfandgläubiger, exceptio dominii, S. 696).

c. Das Ziel der Klage ist Wiederherstellung des Zustands vor der Dejektion, also vor allem Herausgabe des Grundstücks mit allen gewinnbaren Früchten (fructus percepti und percipiendi, C. 8, 4, 4) und Accessorien (cum omni causa) vom Augenblicke der Entsetzung an und Rückgabe der zu dieser Zeit auf dem Grundstücke vorhanden gewesenen Mobilien (D. 43, 16, 1, 40 und 41). Nach einem Gesetz von Zeno kann der Kläger den Wert der ihm abhanden gekommenen Mobilien eidlich schätzen, jedoch nicht über einen vom Richter festzusetzenden Höchstbetrag hinaus (sog. iusiurandum Zenonianum, S. 449).[22])

β. Interdictum de precario.

Überläßt der Besitzer einer (beweglichen oder unbeweglichen, D. 43, 26, 4. pr.) Sache diese einem Anderen „precario" (oben S. 582[1]), d. h. auf dessen Bitte (preces) gegen beliebigen Widerruf (davon prekär-unsicher), so wird der Empfänger (precario accipiens, Prekarist) juristischer Besitzer (S. 674). Widerruft der Hingebende (precario dans) die Hingabe, so wird die possessio precaria dem precario dans gegenüber fehlerhaft (vitiosa) und der precario dans kann die Rückgabe mit dem interdictum de precario erzwingen (D. 43, 26, C. 8, 9). Bis zum Erlaß des Interdikts haftet der Prekarist nur für dolus und culpa lata, nachher auch für Zufall (D. 43, 26, 8, 6). Die Klage geht auch gegen den „qui dolo malo facit, ut desineret habere", ähnlich wie die rei vindicatio gegen den fictus possessor (unten § 129 b), sowie gegen den Erben (D. 43, 26, 8, 8) und verjährt in 30 Jahren (D. 43, 26, 8, 7). Der Prekarist kann nicht seinerseits die exceptio vitiosae possessionis machen, wohl aber die exceptio do-

[22]) C. 8, 4, 9. Ein Recht auf einen solchen Schätzungseid gibt es heute nicht mehr; zulässig ist er jedoch heute bei jedem Streit über die Höhe eines zu ersetzenden Schadens; CPO. § 287.

minii. Manche nehmen daher an, daß das int. de precario gar kein possessorisches Interdikt ist, sondern auf dem vom Prekaristen durch Übernahme der Sache als Prekarium eingegangenen Schuldverhältnisse beruht[23]).

§ 119. Der Rechtsbesitz.

a. Begriff.

Sachbesitz (oder Besitz schlechthin) ist die Ausübung der vollen tatsächlichen Herrschaft über eine Sache. Dem-

---

[23]) Der Besitzschutz gegen Entziehung ist vom Gemeinen Recht auf Grundlage des kanonischen Rechts sehr erweitert worden. Diese Erweiterung des Besitzschutzes führt auf ein in die sog. pseudoisidorische Sammlung (D. § 61 g) aufgenommenes und von da in das Decretum Gratiani, den ersten Teil des Corpus iuris canonici, übergegangenes, gefälschtes Kirchengesetz zurück, nach welchem ein seines Vermögens oder seiner Diözese beraubter Bischof sich vor der Restitution auf keine Anklage einzulassen braucht; sog. Canon Redintegranda (sunt omnia exspoliatis vel eiectis episcopis usw.). Hieraus leitete man zunächst eine exceptio spolii ab, womit ein seines Besitzes Entsetzter vor Wiederherstellung des Besitzstandes jeden Anspruch des Dejizienten abweisen konnte („spoliatus ante omnia restituendus"). Hierauf gründete man (Innocenz III., 4. Laterankonzil von 1215, sog. Canon Saepe) alsdann eine Klage (condictio ex canone, später actio spolii genannt), die nicht nur, wie das interdictum unde vi, dem juristischen Besitzer eines Grundstücks gegen den gewalttätigen Dejizienten binnen Jahresfrist, sondern jedem an der Besitzentziehung Interessierten (zB. auch dem Mieter und dem Pächter) wegen jedes unfreiwilligen Besitzverlusts zustand, auch bei Mobilien anwendbar war, auch gegen den dritten schlechtgläubigen Inhaber der Sache ging und erst in 30 Jahren verjährte.

Das BGB. hat die actio spolii nur begrenzt aufgenommen: der Anspruch wegen Besitzentziehung ist zwar ebenfalls bei allen Gegenständen und bei jeder Art unfreiwilligen Besitzverlustes gegeben (§ 861 Abs. 1) und steht wegen der Ausdehnung des Besitzbegriffs (S. 676[5]) auch den Detentoren des rR. zu; der Entziehende hat aber die exceptio vitiosae possessionis (§ 861 Abs. 2), der Anspruch richtet sich nur gegen den schlechtgläubigen Singularnachfolger (BGB. § 861 Abs. 1) und erlischt in einem Jahre (§ 864).

Neben dem Besitzschutz wegen Entziehung gibt BGB. § 867 dem Besitzer einer Sache, welche zufällig (zB. durch einen Windstoß) auf ein im Besitz eines Anderen befindliches Grundstück gelangt ist, gegen den letzteren einen Anspruch auf Gestattung der Aufsuchung und Wegschaffung (sog. Abholungsanspruch, S. 646[5]).

entsprechend nennt man Rechtsbesitz die tatsächliche Ausübung eines Rechts, wobei mit Rücksicht darauf, daß der Besitz einen dauernden Zustand voraussetzt, nur Rechte in Frage kommen können, die einer dauernden Ausübung fähig sind, nicht aber solche, die — wie zB. die meisten Obligationen — sich in einer einmaligen Leistung erschöpfen.

Das rR. hat aber ferner den von den Quellen als iuris quasi possessio bezeichneten Rechtsbesitz nur bei den Servituten und den eigentumsähnlichen Nutzungsrechten Superfizies und Emphyteuse (unten § 133) anerkannt[1]).

b. Erwerb und Verlust des Rechtsbesitzes erfolgen nach den Regeln des Sachbesitzes (S. 681 ff.).

1. Für den Erwerb ist also erforderlich:

α. corpus, d. h. Herstellung eines Zustands, der die Ausübung einer Servitut darstellt (usus iuris pro traditione accipiendum, D. 8, 1, 20), zB. Überschreiten des Grundstücks, Wasserschöpfen, Überbauen; bei negativen Servituten, d. h. solchen, die zu einem Verbieten berechtigen, zB. einer Aussichtsgerechtigkeit, genügt nicht das Bestehen eines der Servitut entsprechenden Zustands, sondern dieser Zustand muß auf der Ausübung des wirklichen oder angemaßten Verbietungsrechts beruhen, sei es, daß eine vertragliche Einräumung des letzteren erfolgt ist oder daß der Gegner sich einem entsprechenden Verbote gefügt hat;

β. animus, d. h. der Wille, ein tatsächliches Verhalten als Inhalt eines Rechts auszuüben (vgl. D. 8, 6,

---

[1]) In viel umfassenderem Maße nahm das Gem. R. auf Grundlage des deutschrechtlichen Besitzinstituts, der Gewere (D. § 70), und seiner Fortbildung durch das kan. R., Rechtsbesitz bei allen Rechten an, die einer dauernden Ausübung zugänglich waren, insbesondere auch bei Rechten öffentlichrechtlicher Natur (zB. Hoheitsrechten, Rechten auf Zehnten und Frohnden) und Familienrechten (Ehebesitz). Das BGB. ist auf den Standpunkt des rR. zurückgekehrt; für Grunddienstbarkeiten gilt § 1029, der nach § 1090 Abs. 2 auch auf die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten anwendbar ist. Der Nießbraucher ist nach BGB. unmittelbarer Sachbesitzer (S. 676[4]) und als solcher geschützt. Vgl. EGBGB. Art. 191.

25; 43, 19, 7). Unerheblich ist dagegen auch hier (S. 674) die Meinung der Ausübenden, hierzu berechtigt zu sein.

2. Der Verlust des Rechtsbesitzes tritt ein beim Fortfall des animus oder des corpus, bei negativen Servituten, wenn der durch das Verbietungsrecht Betroffene demselben mit Duldung des bisherigen Besitzers entgegenhandelt.

c. Wirkungen des Rechtsbesitzes.

1. Der Rechtsbesitz erscheint als Tatbestandsmoment für den Erwerb von Servituten durch Ersitzung (unten § 137 c) und für die Aufhebung entgegenstehender Rechte durch usucapio libertatis (unten § 138 e).

2. Der Servitutenbesitzer wird in seinem Besitze gegen Störung und Entziehung geschützt, aber nicht durch eine allgemeine Klage, sondern durch besondere und an bestimmte Voraussetzungen gebundene Interdikte.

α. Dem Besitzer einer Personalservitut (usus-fructus und usus) stehen die interdicta uti possidetis und unde vi als utilia zur Seite (D. 43, 17, 4; 43, 16, 3, 13 ff.).

β. Im Besitz von Rustikalservituten wird geschützt:

a. durch das interdict. de itinere actuque privato (D. 43, 19) derjenige, der eine Wegegerechtigkeit (iter, actus, via, unten § 135 b 1) an mindestens 30 Tagen innerhalb des Jahres vor der Klageanstellung nec vi nec clam nec precario ab adversario ausgeübt hat (D. 43, 19, 1, 2) und nunmehr daran gehindert wird[2]);

b. durch das interdictum de aqua (D. 43, 20: De aqua quottidiana et aestiva) derjenige, der im letzten Jahre eine Wasserleitung mindestens einmal fehlerlos und gutgläubig benutzt hat; zur Ermöglichung der Ausbesserung der Wasserleitung dient ein besonderes interd. de rivis (D. 43, 21), dem Besitzschutze einer Wasserschöpfgerechtigkeit

[2]) Wird er an der Reparatur des Weges gehindert, so muß er sein Recht zur Benutzung beweisen, alsdann wird ihm ein (petitorisches) interd. de itinere reficiendo gewährt (D. 43, 19, 3, 11).

ein int. de fonte (D. 43, 22) und ein int. de fonte reficiendo.

γ. Von den Gebäudeservituten bedürfen die zu einem Tun oder Haben berechtigenden (positiven, unten § 134 a 1) eines besonderen Besitzschutzes nicht, weil ein Eingriff in sie als Störung im Besitze des herrschenden Grundstücks anzusehen und daher mit dem int. uti possidetis verfolgbar ist (D. 8, 2, 20, pr.). Die negativen (auf ein Verbieten, zB. des Vorbauens) abzielenden Gebäudedienstbarkeiten entbehren eines besonderen Besitzschutzes; der Besitzer ist auf das interd. quod vi aut clam angewiesen (unten § 121 b 3 β).

Auf Gestattung der Reinigung und Wiederherstellung eines bisher — wenn auch vi, clam, precario — benutzten Abzugsgrabens geht ein int. de cloacis (D. 43, 23).

Zweiter Abschnitt. Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken

(BGB. §§ 873—902).

Dritter Abschnitt. Eigentum.

Erster Titel. Inhalt des Eigentums.

(BGB. §§ 903—924).

§ 120. Das Eigentum. Allgemeines[1]).

a. Begriff.

Eigentum (dominium, proprietas) ist das begrifflich nicht beschränkte Recht der Herrschaft über eine körperliche Sache.

---

[1]) Die Einteilung der (körperlichen) Sachen in bewegliche und unbewegliche hat, wie S. 257 dargelegt, auch schon nach rR. in einzelnen Beziehungen (Besitzschutz, Ersitzung, Verfügungsbefugnis) rechtliche Bedeutung. Weitaus bedeutungsvoller ist diese Einteilung für das deutsche Recht gewesen. Im Nationalvermögen der Römer, als eines handelstreibenden und seefahrenden Volkes, spielte das mobile Kapital eine mindestens ebenso große Rolle wie das Grundvermögen. Für die im wesentlichen Ackerbau treibenden Deutschen trat dagegen die „fahrende Habe" dem Grundvermögen gegenüber völlig zurück. Während daher Mobilien und Immobilien hinsichtlich des Erwerbs, der Verpfändung, der Veräußerung, Vererbung und Rechtsverfolgung nach rR. den gleichen Grundsätzen unterstanden, wurden sie nach deutschem Recht in allen diesen Beziehungen verschiedenartig behandelt. Man kann daher für

1. Das Eigentum unterscheidet sich hiernach:

a. vom Besitz dadurch, daß dieser die tatsächliche, das Eigentum die rechtliche Herrschaft betrifft; man kann

---

das deutsche Recht von einem besonderen Immobiliar- und Mobiliarsachenrecht sprechen.

Das BGB. beruht in dieser Hinsicht zum großen Teil auf deutschrechtlicher Grundlage. Es enthält im zweiten Abschnitte des dritten Buchs „Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken", behandelt im dritten Abschnitte gesondert den „Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken" (Zweiter Titel, §§ 925—928) und „an beweglichen Sachen" (Dritter Titel, §§ 929—984) und unterscheidet auch hinsichtlich der Belastung durchgängig zwischen den Verpfändungsformen für Immobilien (Achter Abschnitt: Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld) und für Mobilien (Neunter Abschnitt: Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten).

Diese verschiedenartige rechtliche Behandlung der Immobilien und der Mobilien führt im wesentlichen darauf zurück, daß dem Liegenschaftsrecht des BGB. die Grundbuchverfassung zu Grunde liegt. Jedes Grundstück ist (oder wird) in ein bei dem Amtsgericht seines Bezirks als „Grundbuchamt" geführtes Buch, das Grundbuch, verzeichnet, in welchem es eine besondere Stelle, das Grundbuchblatt, erhält. Das letztere hat die Bestimmung, über die für das Grundstück maßgebenden Rechtsverhältnisse entscheidenden Aufschluß zu gewähren. Zu diesem Zwecke zerfällt das Grundbuchblatt in der Regel (so in Preußen) in ein Bestandsverzeichnis, das die zu dem Grundbuchblatte gehörenden Grundstücke einzeln und unter Bezeichnung nach örtlicher Lage und Größe aufführt, ferner in drei Abteilungen, von denen die erste zur Bezeichnung des Eigentümers, die zweite zur Aufnahme der Belastungen mit Ausnahme von Pfandrechten (zB. Grunddienstbarkeiten, Altenteil) und der Verfügungsbeschränkungen (zB. Enteignungs-, Zwangsversteigerungs-, Konkursvermerken), die dritte zur Aufnahme von Pfandrechten (Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden) bestimmt sind.

Für die in das Grundbuch eingetragenen Grundstücke gelten nun besonders zwei leitende Grundsätze; das sog. Eintragungsprinzip (BGB. §§ 873, 875): ein Recht an einem Grundstücke wird regelmäßig nur durch Eintragung im Grundbuche erworben und aufgehoben; und ferner das sog. Prinzip des öffentlichen Glaubens (publica fides) des Grundbuchs: der Inhalt des Grundbuchs wird als richtig vermutet (§ 891); wer daher in gutem Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs ein Recht an einem Grundstück oder einem eingetragenen Recht erwirbt, ist geschützt (§ 892).

Die Führung des Grundbuchs ist ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Die auf das Verfahren bezüglichen Vorschriften sind in einer Grundbuchordnung („GBO.") v. 24. 3. 1897 zusammengefaßt.

daher Eigentum ohne Besitz (so der Bestohlene) und Besitz ohne Eigentum (so der Dieb) haben[1a]);

β. von den iura in re aliena (S. 35) dadurch, daß diese das Herrschaftsrecht über eine Sache begrifflich nur in einer bestimmten Richtung (Gebrauch, Nutzung, Verwertung) verleihen, während das Eigentum begrifflich und seinem Inhalte nach unbeschränkt ist.

2. Diese begriffliche Unbeschränktheit bedeutet aber nicht Unbeschränkbarkeit. Es bestehen vielmehr zahlreiche Eigentumsbeschränkungen teils auf Grund von Rechtsgeschäften des Eigentümers (so die meisten Rechte an fremder Sache), teils unmittelbar auf Gesetz (gesetzliche Eigentumsbeschränkungen, unten § 121). Die begriffliche Unbeschränktheit des Eigentums bedeutet vielmehr nur:

α. daß der Eigentümer die ausschließliche rechtliche Herrschaft hat; es gibt daher ebensowenig wie gleichzeitigen Besitz (S. 680) gleichzeitiges Eigentum mehrerer an derselben Sache in vollem Umfange (dominium plurium in solidum esse non potest, vgl. D. 13, 6, 5, 15); über das Miteigentum vgl. unten § 132;

β. daß der Eigentümer grundsätzlich die volle Herrschaft über die Sache hat. Daher spricht eine Vermutung für die Freiheit des Eigentums, d. h. wer dessen Beschränkung (zB. Vorhandensein einer Servitut, eines Pfandrechts) behauptet, muß dies beweisen, und ferner gilt der Grundsatz der „Elastizität des Eigentums", d. h. sobald eine vorhandene Eigentumsbeschränkung fortfällt, tritt von

---

[1a]) Immerhin stehen Besitz und Eigentum in engen Beziehungen zu einander. Einmal ist der Normalzustand der, daß der Eigentümer seine Sachen auch besitzt. Ferner gilt der gutgläubige Besitz (bonae fidei possessio) als eine Vorstufe des Eigentums, was besonders für den Fruchterwerb (unten § 126), die Ersitzung (unten § 124 c 3) und den Rechtsschutz (unten §§ 129 d u. e, 131) von Bedeutung ist. Ja im BGB. hat der gutgläubige Besitzerwerb sogar regelmäßig die Kraft, den Erwerber sofort zum Eigentümer zu machen, auch wenn der Veräußerer nicht der Eigentümer ist (BGB. § 932, unten § 123[2]).

selbst die volle Herrschaft des Eigentümers wieder ein (sog. Konsolidation des Eigentums).[2])

b. Arten des Eigentums.

1. Quiritarisches und bonitarisches Eigentum.

α. In Rom gab es ursprünglich nur eine Art von Eigentum, das dominium ex iure Quiritium. Dieses Eigentum stützte sich allein auf das ius civile; es war daher nur den Personen zugänglich, die des commercium teilhaftig waren (S. 213), bezog sich ferner nur auf Sachen, die dem ius civile unterstanden, und konnte endlich nur durch die im ius civile anerkannten Erwerbsarten erworben werden. Ein Rechtserwerb an einer Sache, der in einer dieser drei Beziehungen (Subjekt, Gegenstand, Erwerbsart) einen Fehler auf-

[2]) Vgl. I. 2, 4, 4: Cum autem finitus fuerit ususfructus, revertitur scilicet ad proprietatem et ex eo tempore nudae proprietatis dominus incipit plenam habere in re potestatem, ebenso D. 13, 7, 18, 1. Vgl. ferner D. 50, 16, 25, pr.

Diese Ausdehnungsmöglichkeit ist das Unterscheidungsmerkmal des Eigentums gegenüber — den immer von vornherein begrenzten — dinglichen Rechten an fremden Sachen. Daher bleibt der Eigentümer auch dann Eigentümer, wenn er das wesentlichste der aus dem Eigentum folgenden Rechte (S. 716), das Recht auf Gebrauch oder Nutzung, einem Anderen einräumt, sei es auf eine bestimmte Zeit (Nießbrauch) oder auch ohne solche Beschränkung, so bei der Superfizies und Emphyteusis im rR., beim Lehen, Familienfideikommiß und bei der Erbpacht im deutschen Recht, beim Erbbaurecht im BGB. In den Quellen wird das des Nutzungsrechts entbehrende, d. h. mit einem Nießbrauch belastete Eigentum als nuda proprietas bezeichnet. Seit den Glossatoren faßte man diejenigen Nutzungsrechte, welche auf die Dauer berechnet waren und die man wegen ihres eigentumsähnlichen Inhalts mit einer utilis rei vindicatio (unten § 133) schützte (außer der Superfizies und Emphyteuse auch die Rechte des Lehns- und Fideikommißbesitzers, sowie des Erbpächters) als nutzbares Eigentum oder Untereigentum (dominium utile) auf, dem man das Recht des Eigentümers als Obereigentum (dominium directum) gegenüberstellte. In das BGB. ist hiervon nichts übergegangen; das allein in Betracht kommende Erbbaurecht ist als Recht an einer fremden Sache behandelt (unten § 133[1]).

wies[3]), konnte nicht civiles Eigentum begründen; aber die so entstandene Innehabung wurde, weil sie dem Grunde nach rechtmäßig war, im Wege der Rechtsprechung wie Eigentum geschützt.

In Frage kommen die folgenden Rechtsverhältnisse:

a. Das Eigentum an res mancipi (S. 241) konnte nicht anders als durch die civilen Übertragungsarten, mancipatio und in iure cessio (S. 157 f.) übertragen werden, während für res nec mancipi auch der dem ius gentium entstammende Übergabeakt, die traditio, für genügend erachtet wurde. Wurde nun eine res mancipi zwecks Veräußerung nur tradiert, so behielt der Veräußerer nach ius civile auch ferner das dominium ex iure Quiritium und der Erwerber konnte das Eigentum nur durch die Ersitzung erlangen. Bis dahin konnte der Veräußerer daher die Sache an sich (ipso iure) dem Erwerber, der sie nur tatsächlich in seinem Vermögen („in bonis") hatte, mit der rei vindicatio (unten § 129) entreißen. Da er hierbei aber gegen „Treu und Glauben" handelte, gewährte der Prätor dem Erwerber Schutz durch eine — sich als ein Anwendungsfall der exceptio doli generalis (S. 400[6]) darstellende und nach dem Hauptfall (Verkauf) benannte — exceptio rei venditae et traditae (D. 21, 3; S. 347[1]). Da der Erwerber ferner im Ersitzungsbesitze war, half ihm der Prätor auch für den Fall des Besitzverlustes durch die actio Publiciana (unten § 131). So wurde der Erwerber, obgleich er nach ius civile nicht Eigentümer war, gleich einem Eigentümer geschützt und zwar auch dem civilen Eigentümer gegenüber, dessen Recht damit fast völlig[4]) wirkungslos (ein nudum ius

[3]) Regelmäßige Voraussetzung des von einem Anderen hergeleiteten Eigentumserwerbs ist ferner Eigentum des auctor. Hierüber vgl. unten § 123 d.

[4]) In ähnlicher Weise wird heute der Erwerber eines Grundstücks geschützt, wenn ihm das Grundstück nicht, wie dies zur Eigentumsübertragung erforderlich ist, aufgelassen, sondern nur übergeben ist. Er kann dann — aber nur dem Veräußerer, nicht einem dritten Eigentümer — die Herausgabe verweigern (BGB. § 986).

Quiritium) wurde. Die Rechtsstellung eines solchen Erwerbers pflegt man nach Theophilus — im Gegensatz zum quiritarischen Eigentum — als bonitarisches Eigentum zu bezeichnen (sog. duplex dominium).[5])

b. Ähnlich war die Rechtsstellung derjenigen, denen der Prätor kraft seines imperium Eigentum zuwies, wie des bonorum possessor (unten § 159 a 2), des bonorum emptor (Ersteigerers der Konkursmasse) und im Falle der missio damni infecti nomine ex secundo decreto (S. 720). Auch in diesen Fällen erlangt der Eingewiesene nicht quiritarisches Eigentum, sondern ist nur „in bonis", wird aber durch besonderen Rechtsbehelf wie ein Eigentümer geschützt.

c. Bloß „bonitarisch" war auch das Eigentum von Peregrinen sowie das Eigentum am solum provinciale, soweit es nicht des ius Italicum (S. 83[3]) teilhaftig war (G. 2, 7).

β. Im justinianischen Rechte hatte mit der Beseitigung der civilen Eigentumserwerbsarten (S. 731), der Gleichstellung aller römischen Untertanen (S. 213) und aller Länder (S. 94) die Unterscheidung zwischen bonitarischem und quiritarischem Eigentum jede Bedeutung verloren. Justinian hob sie noch ausdrücklich auf[6]). Es gab jetzt wieder nur ein

---

[5]) Der quiritarische Eigentümer hatte zwar immer noch die rei vindicatio, aber er konnte sich derselben gegen den bonitarischen Eigentümer nicht bedienen; denn er unterlag der exceptio rei venditae et traditae, und wenn er von einem dritten Besitzer die Sache herauserlangt hatte, nahm sie ihm der bonitarische Eigentümer mit der actio Publiciana wieder fort, indem er die exceptio dominii des Civileigentümers mit der replicatio rei venditae et traditae beseitigte.

Eine praktische Bedeutung hatte das quiritarische Eigentum nur beim Census (S. 61), insofern dabei das bonitarische Eigentum nicht berücksichtigt wurde, ferner insofern, als nur der quiritarische Eigentümer per vindicationem legieren konnte (G. 2, 196) und bei der Freilassung durch den bonitarischen Eigentümer der Freigelassene nur Latinus Iunianus (S. 217[10]) wurde, während im Falle der Freilassung durch den quiritarischen und den bonitarischen Eigentümer, dieser das Erbrecht, jener die tutela legitima erhielt; vgl. S. 209[9].

[6]) C. 7, 25. De nudo ex iure Quiritium tollendo: Antiquae subtilitatis ludibrium per hanc decisionem expellentes

einheitliches Eigentum, das nach den Regeln des früheren bonitarischen Erwerbs erworben wurde.

2. Schwebendes, widerrufliches, ruhendes Eigentum.

Bisweilen haften dem Eigentume rechtliche Mängel an, welche es von dem regelmäßigen, vollwirksamen und auf die Dauer angelegten Eigentum unterscheiden. Hierher gehören die folgenden Erscheinungen.

a. Beim schwebenden Eigentum (in pendenti est dominium, D. 7, 1, 12, 5) ist gegenwärtig ungewiß und wird erst durch einen künftigen Umstand festgestellt, wer in der Zwischenzeit Eigentümer gewesen ist[7]). Diese Feststellung wirkt nur „deklaratorisch"; die Früchte und sonstigen Accessionen (zB. der Schatz, der partus ancillae) gebühren also dem als der wahre Eigentümer Festgestellten und die von dem sonst in Frage Gekommenen bewirkten Veräußerungen und Belastungen gelten — als von einem Unberech-

---

nullam esse differentiam patimur inter dominos, apud quos vel nudum ex iure Quiritum vel tantummodo in bonis reperitur.

[7]) Fälle schwebenden Eigentums sind aus den Quellen zB.:

a. Ein im Nießbrauch des A stehender Sklave des B kauft eine Sache auf Kredit; dann entscheidet sich die Frage, ob die Sache in das Eigentum des A oder des B tritt, danach, aus wessen Vermögen der Sklave die Sache später bezahlt (D. 7, 1, 25, 1; 41, 1, 43, 2). In der Zwischenzeit ist keiner von beiden Eigentümer; es ist also zB. keiner zur actio redhibitoria (S. 558) im Falle der Geltendmachung eines Fehlers (D. 21, 1, 43, 10) oder zur condictio furtiva (S. 659) im Falle des Diebstahls legitimiert.

b. Der Nießbraucher einer Herde hat die abgehenden Tiere aus den jungen zu ersetzen (sog. summissio foetuum, I. 2, 1, 38). Hinsichtlich der noch im Mutterleibe befindlichen Tierjungen gilt nun nach D. 7, 1, 70, 1: „pendere eorum dominium, ut, si summittantur, sint proprietarii, si non summittantur, fructuarii.

c. Beim Eigentumsvermächtnis (s. u. im Erbrecht) ist zwischen dem Erbschaftsantritt und der Erklärung des Legatars über die Annahme des Legats das Eigentum der vermachten Sache in suspenso „nam si legatarius reppulerit a se legatum, numquam eius fuisse videbitur: si non reppulerit, ex die aditae hereditatis eius intellegetur" (D. 30, 86, 2).

tigten vorgenommen — als wirkungslos (D. 30, 86, 2; 34, 5, 15). Es findet also „Retrotraktion" statt.

β. Von widerruflichem (revokabelem, interimistischem) Eigentum spricht man, wenn infolge eines Ereignisses das bisher dem A zustehende Eigentum von selbst (ipso iure) dem B zufällt[8]).

γ. Ruhendes Eigentum (dominium quiescens s. dormiens) ist ein zeitweilig wirkungsloses, beim Fortfall des Hemmungsgrundes aber ohne weiteres voll in Kraft tretendes Eigentum. Dies Verhältnis kommt vor allem beim Bauen mit fremdem Material vor[9]).

c. Subjekte des Eigentums.

Eigentumsfähig ist grundsätzlich jede rechtsfähige (natürliche oder juristische) Person. Des römischen Eigentums (dominium ex iure Quiritium) fähig war nach früherem rR. nur, wer das commercium hatte (S. 153). Mit der Gleichstellung aller Untertanen (S. 213) verschwand diese Unterscheidung. Es erhielten sich nunmehr nur noch einzelne Beschränkungen der Eigentumsfähigkeit[10]).

---

[8]) Fälle widerruflichen Eigentums sind zB. aus dem rR.:
a. die bedingte Eigentumsübertragung und das bedingte Eigentumsvermächtnis. Hierbei wird mit dem Eintritte der aufschiebenden Bedingung der Erwerber und der Legatar, mit dem Eintritte der auflösenden Bedingung der Veräußerer und der Erbe Eigentümer. Auch in diesem Falle tritt eine Zurückziehung insofern ein, als nach dem Grundsatze „resoluto iure dantis resolvitur ius concessum" (S. 265) die Verfügungen der Zwischenzeit mit dem Fortfall des Rechts des Verfügenden wirkungslos werden; dagegen verbleiben die Früchte und Accessionen dem Eigentümer der Zwischenzeit;
b. das Eigentum des Ehemanns an der Dotalsache, insofern die Ehefrau sie durch Trennung der Ehe mit einer dinglichen Klage zurückverlangen kann (C. 5, 12, 30, unten § 148 b 2 δ).

[9]) Vgl. unten S. 758 und D. 41, 1, 7, 10.

[10]) Nach der lex Iulia repetundarum (S. 179) dürfen Senatoren keine Seeschiffahrt betreiben (D. 50, 5, 3). Nichtchristen dürfen keine christlichen Sklaven haben (C. 1, 10, 1).
Im modernen Recht bestehen Beschränkungen hinsichtlich des Erwerbs von Grundstücken durch Ausländer (EGBGB. Art. 88) und von Rechten durch juristische Personen (EGBGB. Art. 86, sog. Amortisationsgesetze, weil gerichtet gegen die „manus mortua", die Kirche).

d. Gegenstände des Eigentums.

Von Eigentum spricht man nur bei dem Herrschaftsrecht über eine körperliche Sache[11]), über einen reellen (zB. Stockwerkseigentum, unten § 133 b 3) oder intellektuellen Teil einer solchen (Miteigentum, unten § 132) sowie über einen Sachinbegriff (zB. Eigentum an einer Herde, S. 243).

Kein besonderes Eigentum besteht an den Bestandteilen einer Sache (S. 242), so zB. an den hängenden und stehenden Früchten (S. 252 und unten § 126).

e. Inhalt des Eigentums.

1. Im Eigentum als dem Recht auf völlige Beherrschung der Sache liegt die Befugnis (vgl. BGB. § 903):

α. positiv: auf die Sache beliebig einzuwirken, sei es tatsächlich durch Besitz, Gebrauch und Fruchtziehung (sog. Nutzungsrechte) oder durch rechtliche Verfügung (sog. Proprietätsrecht);

β. negativ: jeden Anderen von jeder Einwirkung auf die Sache auszuschließen.

2. Das Eigentum an einem Grundstück insbesondere gibt auch die Befugnis zur Verfügung über den Luftraum über (D. 8, 2, 1, pr.; 43, 24, 22, 4) und das Erdinnere unter der Oberfläche (D. 39, 2, 24, 12; 39, 3, 1, 12).[12])

---

[11]) Ungenau ist also zB. die Bezeichnung „geistiges Eigentum" für Urheberrecht (RV. Art. 4[8]) und „Bergwerkseigentum" für das Aneignungsrecht des Bergbauberechtigen. Auch in dem berühmten Satz der PrVU. Art. 9: „das Eigentum ist unverletzlich", bedeutet Eigentum jedes Privatrecht.

[12]) Jedoch ist dies auf ein vernünftiges Maß einzuschränken (ebenso BGB. § 905 Satz 2).

Nach rR. war der Grundstückseigentümer ohne weiteres auch Eigentümer der unter seinem Grundstücke befindlichen Mineralien. Er mußte aber anderen gegen eine Abgabe (von $^1/_{10}$ des Ertrages an den Grundeigentümer und $^1/_{10}$ an den Fiskus) den Abbau gestatten (D. 8, 4, 13, 1, C. 11, 7, 3). Nach deutschem Rechte steht das Recht auf Gewinnung von Mineralien regelmäßig nicht dem Grundstückseigentümer zu, sondern muß selbständig durch Verleihung seitens des Staates erworben werden (vgl. EGBGB. Art. 67, D. § 83).

3. Der Eigentümer wird in der vollen und rücksichtslosen Geltendmachung der aus dem Eigentumsbegriffe sich ergebenden Befugnisse teils durch iura in re aliena, die an seiner Sache für andere bestehen (unten §§ 133 ff.), teils unmittelbar durch gewisse im Interesse der Allgemeinheit aufgestellte Schranken (sog. gesetzliche Eigentumsbeschränkungen, unten § 121) gehindert[13]).

§ 121. Gesetzliche Eigentumsbeschränkungen.

Gesetzliche Eigentumsbeschränkungen sind gesetzliche Vorschriften, welche bestimmen, daß der Eigentümer gewisse Handlungen nicht vornehmen dürfe (non facere), die er an sich vornehmen könnte und gewisse Einwirkungen eines Anderen dulden müsse (pati), die er an sich verbieten dürfte. Sie kommen vorwiegend mit Beziehung auf das Grundeigentum und zwar teils im öffentlichen Interesse zu Gunsten aller, teils im privaten Interesse einzelner, insbesondere der Nachbarn vor. Viele derselben finden sich schon in den 12 Tafeln.

a. Eigentumsbeschränkungen im allgemeinen Interesse.

1. Verbot der Chikane.

Grundsätzlich braucht — nach dem Grundsatze qui suo iure utitur, nemini facit iniuriam, S. 370 — niemand bei der Benutzung seines Eigentums auf das Interesse eines Anderen Rücksicht zu nehmen (D. 39, 2, 26); untersagt sind aber Handlungen, die gar keinen anderen Zweck haben können, als die Schädigung eines Anderen (Malitiis non est indulgendum, D. 6, 1, 38)[1]).

---

[13]) Eine Eigentumsbeschränkung stellen auch die Veräußerungsverbote dar, soweit sie eine rechtsgültige Eigentumsübertragung verhindern (S. 312).

[1]) Vgl. D. 39, 3, 1, 12: Denique Marcellus scribit cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec de dolo actionem: et sane non debet habere, si non animo

2. Pflichten der Straßenanlieger.

Die Eigentümer der an öffentlichen Straßen belegenen Grundstücke müssen diese Straßen gangbar erhalten, widrigenfalls ihre Grundstücke als Weg benutzt werden dürfen. Bei Untergang eines öffentlichen Weges müssen die Anlieger ferner den für einen Ersatzweg erforderlichen Grund und Boden abtreten (D. 8, 6, 14, 1).[2])

Die Anlieger eines Flusses müssen den Gemeingebrauch der Ufer gestatten (navem appellere, funes religare, onus reponere, D. 1, 8, 5, I. 2, 1, 4, heute auch das Betreten zwecks Fortziehen der Schiffe, sog. Leinpfad).

3. Polizeiliche Vorschriften.

α. In der Stadt Rom darf nach einer Vorschrift der 12 Tafeln niemand näher als $2\frac{1}{2}$ Fuß (sestertiuspes) an die Grenze heranbauen, sodaß zwischen Gebäuden (daher ihre Bezeichnung als „insulae", S. 575[7]) ein Zwischenraum (ambitus) von mindestens 5 Fuß bleiben muß. Die städtischen Gebäude sollen ferner eine gewisse — durch örtliche Bauordnungen bestimmte — Höhe nicht überschreiten (C. 8, 10, 4: Baupolizeiordnung des Kaisers Zeno für Konstantinopel) und nicht willkürlich verändert oder zerstört werden (D. 18, 1, 52, D. 39, 2, 46, pr., C. 8, 10, 8). Auch soll kein Neubau der Tenne des Nachbarn den Luftzug nehmen (C. 3, 34, 14, 1).

β. Schon nach den 12 Tafeln darf in Rom kein Toter begraben oder verbrannt werden (hominem mortuum in urbe ne sepelito neve urito, S. 101).

---

vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit. D. 39, 3, 2, 9; vgl. BGB. § 226 (S. 371).

[2]) Es handelt sich hier um einen der wenigen Fälle (vgl. noch l. 6, 9, 14—17 C. 8, 11), in welchem im rR. eine Enteignung (Expropriation) stattfand, d. h. die Fortnahme von Eigentum zu öffentlichen Zwecken. Ihre Ausbildung hat die Enteignung erst im modernen Recht erhalten (zB. Pr. Enteignungsgesetz vom 11. Juni 1874, vgl. EGBGB. Art. 52 ff., 109).

b. Eigentumsbeschränkungen im Interesse einzelner[3]).

1. Verbot von Immissionen.

Jeder Grundstückseigentümer kann (mit der actio negatoria) die Zuführung („Immission") fester oder flüssiger Stoffe von einem anderen Grundstücke abwehren, aber auch sonstige unkörperliche Einwirkungen (durch Lärm, Wärme, Geruch usw., sog. Imponderabilien) untersagen, sofern sie sich als übermäßige Belästigungen darstellen[4]).

2. Abwehr künftiger Gefährdung (cautio damni infecti).[5])

Das rR. hat keinen Rechtsbehelf, durch welchen jemand, von dessen Grundstücke her einem anderen Grundstück eine Gefahr erst droht (damnum infectum est damnum nondum factum, quod futurum veremur, D. 39, 2, 2),

---

[3]) Die gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen, insbesondere die im nachbarlichen Interesse eingeführten, werden zuweilen Legalservituten genannt. Diese Bezeichnung ist irreführend; denn Servituten sind auf Rechtsgeschäft beruhende Belastungen einer fremden Sache; sie werden daher mit der actio confessoria geltend gemacht, während es sich hier um auf Gesetz beruhende Einschränkungen des Eigentums selbst handelt, deren Überschreitung der Verletzte mit der actio negatoria zurückweist.

[4]) Es handelt sich hier, wie in allen Fällen des Nachbarrechts, um vernünftiges Abwägen der Interessen von Personen, die neben einander zu wohnen genötigt sind (so auch BGB. § 906). Natürlich wird das Verbietungsrecht beseitigt, wenn die Immission durch eine bestehende Grunddienstbarkeit gerechtfertigt ist. Vgl. die berühmte l. 8 § 5 D. 8, 5: Aristo Cerellio Vitali respondit non putare se ex taberna casiaria (Käsefabrik) fumum in superiora aedificia iure immitti posse, nisi ei rei servitutem talem admittit. idemque ait: et ex superiore in inferioria non aquam, non quid aliud immitti licet: in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat, fumi autem sicut aquae esse immissionem: posse igitur superiorem cum inferiore agere ius illi non esse id ita facere. Alfenum denique scribere ait posse ita agi ius illi non esse in suo lapidem caedere, ut in meum fundum fragmenta cadant.

[5]) D. 39, 2: De damno infecto et de suggrundis (Wetterdächer) et proiectionibus (Vorbauten).

unmittelbar zur Beseitigung der Gefahr gezwungen werden kann (anders BGB. §§ 907—909). Es hilft dem Bedrohten vielmehr nur mittelbar dadurch, daß es ihm — mangels eines unmittelbaren Anspruchs auf Ersatz, also subsidiär, D. 39, 2, 32 — einen Anspruch auf Sicherheitsbestellung für den zu erwartenden Schaden (cautio damni infecti nomine) auf eine vom Richter festzusetzende Zeit (D. 39, 2, 13, 15) gewährt. Zur Forderung der Sicherheitsleistung berechtigt ist jeder Interessent (Eigentümer, dinglich Berechtigter, Mieter, D. 39, 2, 18, pr.) des bedrohten Grundstücks; zur Leistung verpflichtet ist der Eigentümer und der gutgläubige Besitzer des bedrohenden Grundstücks (D. 39, 2, 10 und 13, pr.), und zwar wegen bedrohlichen Zustands sowohl von Anlagen, die auf dem Grundstücke schon vorhanden sind (vitium aedium, D. 39, 2, 19, 1, baufällige Gebäude, Dämme, Bäume, vgl. BGB. § 908) als auch von solchen, deren Anlegung erst beabsichtigt wird (vitium operis, zB. Ausschachtungen, D. 39, 2, 24, 12, BGB. § 909).[6])

Die Kaution wird nicht unmittelbar erzwungen. Wird sie aber nicht geleistet, nachdem der Bedrohte die Gefahr durch iuramentum calumniae glaubhaft gemacht hat (D. 39, 2, 13, 3), so verliert der Verpflichtete das Grundstück (daher: cavere aut carere, D. 39, 2, 9, pr.; also eine Art von noxae datio, D. 39, 2, 7, 1). Der Bedrohte erhält im Falle der Kautionsweigerung nämlich zunächst die Detention des bedrohenden Grundstücks mit dem Rechte der Reparatur und einem Pfandrecht für die ihm erwachsenen Kosten (sog. missio ex primo decreto, D. 39, 2, 7, pr.), und falls der Kautionspflichtige die Kaution auch dann noch nicht leistet, das Eigentum (sog. missio ex secundo decreto, D. 39,

[6]) Abgesehen von den oben behandelten, dem Nachbarrecht angehörenden Fällen kann der Grundstückseigentümer Sicherstellung von jedem verlangen, der auf Grund einer ihm zustehenden Befugnis das Grundstück betreten will zB. zwecks Vornahme einer Reparatur, Einsammlung heruntergefallener Früchte (unten S. 726), Abholung der durch einen Zufall auf das Grundstück gekommenen Sachen, zB. eines Schatzes (actio und interdictum de thesauro, D. 10, 4, 15; BGB. § 867, S. 646[3]).

2, 15, 16; S. 422). Widersetzt sich der Verpflichtete der Besitzeinweisung, so hilft dem Berechtigten entweder ein Interdikt (ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit, D. 43, 4, 4, pr. und 1) oder der Berechtigte fordert mit einer actio in factum Ersatz (D. 39, 2, 15, 36).

Die Kaution, welche vom Eigentümer und gutgläubigen Besitzer durch einfaches Versprechen in Stipulationsform (nuda repromissio) vom dritten für ihn Eintretenden durch Bürgen (satisdatio, S. 421) zu bestellen ist (D. 39, 2, 9, 4 und 5), haftet nicht für jeden, zB. durch höhere Gewalt (Sturmwind) hervorgerufenen, sondern nur für denjenigen Schaden, den der Verpflichtete, nachdem er durch den Antrag auf Kautionsstellung auf die Gefahr hingewiesen war, hätte verhüten können und sollen (D. 39, 2, 24, 8). Dagegen haftet er nicht bloß, wie der actio legis Aquiliae gegenüber (S. 660), für den Schaden aus solchen Gefahren, die er durch eigenes schuldhaftes Handeln hervorgerufen hat, sondern zB. auch, wenn die Baufälligkeit eines Gebäudes durch schlechten Baugrund hervorgerufen ist. Über den Ersatz eines Schadens, der vor der Entscheidung über den Kautionsantrag eintritt vgl. D. 39, 2, 15, 28, über die Zulässigkeit einer cautio de damno praeterito D. 39, 2, 7, 2 ff.

3. Verbot willkürlicher Veränderungen.

Der Satz, daß jeder auf seinem Grund und Boden tun kann, was ihm beliebt, wurde durch das prätorische Recht zu Gunsten der an der Aufrechterhaltung des bisherigen Zustands Interessierten erheblich eingeschränkt. Es wurde die eigenmächtige Veränderung des eigenen Grundstücks gewissermaßen als Eingriff in den Besitzstand der Nachbarn und sonstigen Interessenten behandelt und daraus der Schluß gezogen (S. 722, 724), daß die eigenmächtige Veränderung selbst dann zu beseitigen sei, wenn der Handelnde dazu berechtigt war.

α. Neubau (operis novi nuntiatio).[7])

Gegen einen begonnenen, aber noch nicht vollendeten (D. 39, 1, 1, 1) Neubau kann derjenige, der dagegen ein

[7]) D. 39, 1: De operis novi nuntiatione (D. 43, 25: De remissionibus), C. 8, 10, 14 (früher als selbständiger Titel C. 8, 11 bezeichnet).

Verbotsrecht (ius prohibendi) zu haben behauptet, an Ort und Stelle (in praesenti) dem Bauherrn oder einem seiner Leute gegenüber förmlich Einspruch einlegen, sog. operis novi nuntiatio. Der Einspruch kann erfolgen (D. 39, 1, 1, 16) iuris nostri conservandi causa, z.B. wenn durch den Neubau eine für das Grundstück des Einsprechenden bestehende servitus altius non tollendi verletzt wird, oder damni depellendi causa zur Erwirkung einer cautio damni infecti (S. 719) oder iuris publici tuendi causa, wenn der Bau gegen die öffentliche Bauordnung verstößt oder den Gemeingebrauch an einer öffentlichen Sache zu beschränken geeignet ist.

Durch eine formell gültige operis novi nuntiatio wird der Bau mit einem Bann belegt: baut der Nuntiat unbekümmert weiter, so kann der Nuntiant mit dem (heute so genannten) interdictum demolitorium (D. 39, 1, 20, pr.: Praetor ait: „Quem in eum locum nuntiatum est, ne quid operis novi fieret, qua de re agitur, quod in eo loco, antequam nuntiatio missa fieret aut in ea causa esset, ut remitti deberet, factum est, id restituas") ohne weiteres von dem Nuntiaten oder dessen Rechtsnachfolger (D. 39, 2, 23) die Beseitigung des Neubaues verlangen und der Nuntiat wird (ähnlich wie der Besitzstörer im Besitzprozeß, S. 696) mit dem (petitorischen) Einwande nicht gehört, daß er zur Vornahme des Baues befugt, der Einspruch also materiell unbegründet war (D. 39, 1, 20, 1). Will der Nuntiat diese Gefahr nicht laufen, so muß er den Bau einstellen, bis über die Berechtigung der operis novi nuntiatio entschieden ist. Als Kläger muß der Nuntiant auftreten, der Nuntiat wurde gewissermaßen als Besitzer behandelt (operis novi nuntiatione possessorem eum faciemus, cui nuntiaverimus, D. 39, 1, 5, 10). Das durch die Nuntiation geschaffene Bauverbot verlor nach klassischem Recht seine Wirkung mit Ablauf eines Jahres; der Nuntiant mußte also innerhalb dieser Zeit ein Urteil erstritten haben. Justinian hob in l. 14 C. 8, 10 die Jahresfrist auf und bestimmte, daß Bauprozesse binnen 3 Monaten erledigt sein sollten, widrigenfalls der Weiterbau gegen Kaution (cautio de demoliendo) zu gestatten sei.

Will der Nuntiat die Beendigung des Prozesses nicht abwarten, so kann er eine sofortige Entscheidung des Prätors herbeiführen, welche feststellt, unter welchen Bedingungen der Bau fortgesetzt werden kann. Hierbei kann der Prätor das Weiterbauen, wenn er den Einspruch für offenbar unberechtigt erklärt oder der Nuntiant den ihm abgeforderten Kalumnieneid verweigert (D. 39, 1, 5, 14), ohne weiteres (denegatio nuntiationis), sonst gegen Sicherheitsleistung (remissio) gestatten. Klagt in diesem Falle der Nuntiant mit dem interdictum demolitorium, so unterliegt der Nuntiat diesem nicht unbedingt — wie bei ungenehmigtem Weiterbau — sondern nur dann, wenn der Nuntiant zur operis novi nuntiatio ein Recht hatte. Das Gleiche gilt auch ohne remissio, wenn die Einstellung des Baues ohne Gefahr nicht erfolgen konnte (D. 39, 1, 5, 11 ff.).

Stirbt der Nuntiant oder veräußert er das Grundstück, das ihn zum Einspruch berechtigt, so wird die operis novi nuntiatio wirkungslos[8]).

β. Grundstücksveränderung (interdictum quod vi aut clam).

Später wird der der operis novi nuntiatio zu Grunde liegende Gedanke dahin verallgemeinert: wer gegen das Verbot (vi) oder hinter dem Rücken (clam) eines an der Aufrechterhaltung des bisherigen Zustands Interessierten eine Veränderung irgend einer Art an einem — eigenen oder fremden — Grundstück vornimmt, hat den früheren Zustand herzustellen, ohne Rücksicht darauf, ob er zur Vornahme der Veränderung berechtigt ist oder nicht. Zur Geltendmachung der hieraus sich ergebenden Ansprüche dient das interdictum (restitutorium) quod vi aut clam (sc. factum est, ut restituatur, D. 43, 24), das in verschiedener Beziehung weit über die operis novi nuntiatio hinausgeht.

---

[8]) Ob die Grundsätze der operis novi nuntiatio in das Gem. R. übergegangen sind, ist streitig. Heute dient dem Bedürfnisse schleuniger Einstellung eines angefangenen Baues die einstweilige Verfügung (CPO. §§ 935 ff.). Vgl. auch BGB. § 907.

a. Der Rechtsbehelf richtet sich nicht nur gegen einen Neubau, sondern gegen jede eigenmächtige Veränderung an oder auf einem Grundstück (opus in solo factum: Beseitigung von Gebäuden, Bäumen, Anpflanzungen, Abladen von Steinen, nicht aber Fruchtgewinnung, vgl. D. 43, 24, 7, 5 u. 6).

b. Als vis gilt jedes wissentliche Handeln gegen Verbot (prohibitio), das auch formlos, zB. durch Hinüberwerfen eines Steinchens (lapilli iactus, D. 43, 24, 1, 6) eingelegt werden kann; als clandestinitas auch die Nichtanzeige der beabsichtigten Veränderung, wenn ein Widerspruch dagegen zu erwarten ist (D. 43, 24, 3, 7).

c. Zum Verbote berechtigt ist nicht nur der Eigentümer, Eigenbesitzer und dinglich Berechtigte, sondern jeder Interessent (quorum interest opus factum non esse, D. 43, 24, 11, 14), auch ein bloß obligatorisch Berechtigter (Mieter, Pächter). Auf das Verbot hin muß der Gegner von der Weiterführung der Veränderung Abstand nehmen und gegen den Prohibenten auf Beseitigung des Widerspruchs klagen (also umgekehrt wie bei der operis novi nuntiatio, bei der der Einsprechende klagen muß, S. 722).

d. Setzt der Handelnde trotz des Verbots den Bau fort oder hat er die Veränderung heimlich vorgenommen, so unterliegt er dem interdictum quod vi aut clam und muß die Veränderung selbst dann beseitigen, wenn er zu ihrer Vornahme an sich berechtigt war (D. 43, 24, 1, 2 und 3). Dagegen kann der Beklagte einwenden, daß er innerhalb seines Besitzstandes gehandelt habe, daß ein Notfall vorgelegen habe (si incendii arcendi causa vicini aedes intercidi, D. 43, 24, 7, 4), sowie, daß er nur eigenmächtig beseitigt habe, was der Gegner eigenmächtig hergestellt habe (D. 43, 24, 7, 3, sog. exceptio quod vi aut clam).

e. Der gegen das Interdikt Handelnde hat die Veränderung auf eigene Kosten zu beseitigen und das Interesse zu leisten; andere Besitzer des veränderten Grundstücks brauchen nur die Wiederherstellung auf Kosten des Geschädigten zu dulden, der wegen der Kosten und der Interessevergütung auf den Täter zurückgreifen kann (D. 43, 24, 16, 2). Wer das Verbot nicht kannte, unterliegt — anders

als bei der in rem wirkenden operis novi nuntiatio — dem Interdikt nicht (D. 43, 24, 20, 3). Das i. q. v. a. c. verjährt regelmäßig (D. 43, 24, 15, 4) in einem Jahre seit Vollendung oder Einstellung des Baus.

4. Ablauf des Regenwassers.

Niemand darf den durch die natürliche Lage (natura loci) oder durch künstliche Anlagen — sei es, daß sie auf Ortsstatut (lex) beruhen oder seit unvordenklicher Zeit (vetustas) bestehen — bedingten Ablauf der atmosphärischen Niederschläge willkürlich (durch ein „opus manu factum") ändern (D. 39, 3, 2, pr.). Anderenfalls ist er auf Verlangen des Eigentümers des dadurch geschädigten Grundstücks zur Beseitigung der Änderung und zum Ersatz des nach der Klageerhebung entstandenen Schadens verpflichtet (D. 39, 3, 6, 6).[9]) Dieser Anspruch wird mit der schon in den 12 Tafeln gegebenen (D. 40, 7, 21, pr.) actio aquae pluviae arcendae (D. 39, 3) geltend gemacht, die sowohl dem Oberlieger (Besitzer des höher gelegenen Grundstücks) gegen den Unterlieger zusteht, wenn dieser die herkömmliche Aufnahme der wild oder in Rinnsalen ablaufenden Gewässer hindert, als auch dem Unterlieger gegen den Oberlieger, wenn dieser den Abfluß zum Schaden des tiefer gelegenen Grundstücks verändert. Wer die Anlage nicht selbst errichtet hat, ist nur verpflichtet, ihre Fortschaffung auf Kosten des Interessenten zu dulden; insoweit ist also die actio aquae pluviae arcendae „in rem scripta", D. 39, 3, 6, 7 (S. 389). Diese Klage ist natürlich nicht gegeben, wenn dem Nachbarn des einen Grundstücks eine Servitut zusteht oder besonders gestattet ist, die fragliche Vorrichtung zu halten (D. 39, 3, 2, 10; 39, 3, 19 u. 20).

---

[9]) Nach deutschem Recht kann sich dagegen der Unterlieger einerseits gegen das wild abfließende Wasser decken, d. h. dessen Zufluß in sein Grundstück hindern; er muß aber anderseits dem Oberlieger die Vorflut verschaffen, d. h. ihm gestatten, das anderweit nicht unterzubringende Wasser auf seine Kosten in Rinnsalen durch die unterliegenden Grundstücke durchzuführen. Das BGB. überläßt das Wasserrecht dem Landesrecht (EG. Art. 65).

5. Überhangsrecht.

Der Eigentümer eines Gebäudes braucht die von einem auf dem Nachbargrundstücke stehenden Baume überragenden Zweige überhaupt nicht (D. 43, 27, 1, pr.), der Eigentümer eines unbebauten Grundstücks solche Zweige nicht zu dulden, die weniger als 15 Fuß vom Boden entfernt sind[10]). Beseitigt der Eigentümer des Baumes die unzulässigen Zweige auf Verlangen nicht, so kann der Grundstückseigentümer (sowie der Nießbraucher) dies selbst tun und das Holz behalten. Bei Ausführung dieser Arbeit wird er durch ein interdictum (prohibitorium) de arboribus caedendis (D. 43, 27) geschützt.

6. Überfallsrecht.

Die auf ein Nachbargrundstück überfallenden Früchte bleiben Eigentum dessen, der das Nutzungsrecht am Baume hat. Der Nachbar muß — nach Stellung einer cautio damni infecti, D. 10, 4, 9, 1 — die Abholung einen Tag um den anderen (tertio quoque die) gestatten, was im Weigerungsfalle durch ein interdictum (prohibitorium) de glande legenda (D. 43, 28) erzwungen wird[11]).

7. Überbau.

Nach D. 8, 5, 17, pr. muß man Ausbauchungen einer Grenzmauer dulden, die weniger als einen halben Fuß be-

---

[10]) D. 43, 27, 1, 7: Quae arbor ex agro tuo in agrum illius impendet, si per te stat, quo minus pedes quindecim a terra eam altius coerceas, tunc, quo minus illi ita coercere lignaque sibi habere liceat, vim fieri veto. Streitig ist, ob pedes quindecim a terra altius bedeutet: die Zweige vom Boden bis zur Höhe von 15 Fuß oder die Zweige höher als 15 Fuß vom Boden. Das schon den 12 Tafeln entstammende Verbot (D. 43, 27, 1, 8) wurde auch auf Baumwurzeln ausgedehnt (C. 8, 1, 1; so auch BGB. § 910).

[11]) D. 43, 28, un., pr.: Glandem (Eichel, hier = Früchte), quae ex illius agro in tuum cadat, quo minus illi tertio quoque die legere aufferre liceat, vim fieri veto. Dagegen gelten nach BGB. § 911 Früchte, die auf ein Nachbargrundstück hinüberfallen, als Früchte dieses Grundstücks.

tragen, nicht aber sonstige Grenzüberschreitung durch einen Bau[12]).

8. Iter ad sepulcrum.

Nach D. 11, 7, 12, pr. kann der Eigentümer einer Grabstelle (locus religiosus), der keinen Weg zu ihr hat, von dem Nachbarn die Einräumung eines solchen gegen Entschädigung verlangen[13]).

9. Grenzverhältnisse.

a. Actio finium regundorum.

Überschreitet ein Grundstückseigentümer durch Überbau oder bei ländlichen Grundstücken durch Beackerung die feststehende Grenze, so kann der Nachbar diesen Eingriff in sein Eigentum mit der rei vindicatio beseitigen. Da diese aber auf Herausgabe eines bestimmt zu bezeichnenden Stückes gehen muß, ist sie unanwendbar, wenn die Grenze, wie dies besonders bei ländlichen (d. h. unbebauten, S. 256) Grundstücken der Fall zu sein pflegt, verdunkelt ist. Zur Lösung einer solchen Grenzverwirrung zwischen ländlichen Grundstücken (D. 10, 1, 4, 10) gibt das rR. schon seit den 12 Tafeln eine besondere Klage, die actio finium regundorum (D. 10, 1, C. 3, 39).[13a])

a. Nach den 12 Tafeln und einer lex Mamilia soll zwischen ländlichen Grundstücken (zum Wenden des Pflugs) ein Grenzstreifen (finis) von 5 Fuß freibleiben. Bis auf Justinian wurde nun unterschieden, ob der Grenz-

---

[12]) Dagegen muß nach BGB. §§ 912 ff. der Überbau gegen Entschädigung durch eine Rente geduldet werden, es sei denn, daß die Grenzüberschreitung auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit beruht oder dagegen sofort Widerspruch erhoben ist.

[13]) Gemeinrechtlich wurde hieraus eine allgemeine Verpflichtung zur Gewährung des Notwegs gefolgert; vgl. BGB. §§ 917 ff.

[13a]) Zwischen Besitzern von Grundstücken, die durch einen öffentlichen Weg oder einen öffentlichen Fluß getrennt sind, ist zwar die actio finium regundorum nicht zulässig (D. 10, 1, 4, 11; 10, 1, 5); jedoch wird als Ersatzklage die actio viae receptae (oder reiectae) wegen Herüberdrängen eines öffentlichen Weges auf das Grundstück des Nachbarn gegeben (D. 43, 11, 3); vgl. StGB. §§ 274[2], 370[1].

streit sich nur um den finis drehte (sog. controversia de fine) oder darüber hinausging (sog. controversia de loco). Zur Entscheidung der controversia de fine diente die persönliche (D. 10, 1, 1) actio finium regundorum; hierbei fungierten Feldmesser (agrimensores) als Richter (arbitri). Eine Berufung auf Ersitzung hinsichtlich des finis war ausgeschlossen. Die controversia de loco dagegen galt als Eigentumsstreit, die Entscheidung auf die anzustellende rei vindicatio erfolgte daher durch den ordentlichen Richter, der nur Feldmesser als Sachverständige zuzog, und die Berufung auf Ersitzung war zulässig.

Justinian hat (in den das frühere Recht nur verstümmelt wiedergebenden ll. 5, 6 C. 3, 39) die Unterscheidung beseitigt. Jeder Grenzstreit soll ohne Rücksicht auf den Umfang von dem ordentlichen Richter unter Zuziehung der agrimensores als bloßer Sachverständiger entschieden werden, wobei zwar nicht die ordentliche, wohl aber die außerordentliche Ersitzung zu berücksichtigen ist (C. 3, 39, 6).

b. Die Grenzregulierung durch Anstellung der actio finium regundorum kann von jedem Interessenten (Eigentümer, Nießbraucher, Pfandgläubiger, D. 10, 1, 4, 9) herbeigeführt werden. Das Verfahren ist iudicium duplex (D. 10, 1, 10, S. 388); der Richter hat nämlich von Amts wegen, ohne an den Antrag des Klägers gebunden zu sein, also auch im Widerspruch mit dem Antrage, die richtige Grenze — unter Berücksichtigung der dreißigjährigen Ersitzung — herzustellen und zu markieren (D. 10, 1, 4, 3). Er kann sie sogar, wenn diese unzweckmäßig ist (zB. weil sie dem Lauf eines Baches folgend Veränderungen ausgesetzt ist), verlegen, und durch adiudicatio (S. 388[13]) den in Frage kommenden Grundstücksteil dem bisherigen Eigentümer entziehen und — natürlich gegen Entschädigung — dem Nachbarn zusprechen (I. 4, 17, 6, D. 10, 1, 2, 1); insofern kann das Urteil im Grenzstreit auch konstitutiv wirken (S. 416).

Ist die Grenze unauffindbar, so ist das streitige Stück unter die Streitenden zu teilen (D. 10, 1, 2, 1).[14])

---

[14]) Nach BGB. ist zu unterscheiden: die Grenzabmarkung (§ 919, vgl. schon D. 10, 1, 8, pr.), ein Verfahren freiwilliger Ge-

β. Grenzanlagen.

a. Grenzmauern und sonstige Grenzscheidungen gelten als im gemeinschaftlichen Eigentume der Nachbarn pro partibus indivisis stehend (D. 8, 2, 8; 10, 3, 22), sodaß keiner allein darüber verfügen kann[15]).

b. Ein auf der Grenze stehender Baum gilt, solange er steht, als reell durch die Grenzlinie geteilt. Wird er gefällt, so fällt er in das Miteigentum der Grundstücksnachbarn zu ideellen Teilen nach Verhältnis der bisherigen reellen Teile[16]).

Zweiter Titel. Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken (BGB. §§ 925—928).

Dritter Titel. Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen (BGB. §§ 929—984).

§ 122. Eigentumserwerbsarten[1]).

Eigentumserwerb (adquisitio dominii) ist der Tatbestand, der erfüllt sein muß, damit eine bestimmte Person

---

richtsbarkeit zur Verdeutlichung einer an sich unstreitigen Grenze; und die Grenzermittlung (§ 920), ein Civilprozeßverfahren zur Bestimmung einer streitigen Grenze, die bisherige actio finium regundorum.

[15]) Nach BGB. §§ 921, 922 gilt für derartige Grenzscheidungen nur die Vermutung, daß die Nachbarn zur Benutzung gemeinschaftlich berechtigt sind.

[16]) D. 10, 3, 19, pr.: Arbor quae in confinio nata est, item lapis qui per utrumque fundum extenditur quamdiu cohaeret fundo e regione cuiusque finium utriusque sunt nec in communi dividundo iudicium veniunt: sed cum aut lapis exemptus aut arbor eruta vel succisa est, communis pro indiviso fiet et veniet in communi dividundo iudicium.

Nach BGB. § 923 gebühren Früchte und Holz den Nachbarn zu gleichen Teilen.

[1]) Wie schon S. 708[1] bemerkt, sind im rR. Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen und an unbeweglichen Sachen den

Eigentümer einer gewissen Sache wird[2]). Die Eigentumserwerbsarten werden von verschiedenen Gesichtspunkten aus gewissen Einteilungen unterworfen[3]). Da an derselben

---

gleichen Grundsätzen unterworfen worden und demgemäß hier einheitlich zu besprechen, während das BGB. für beide Arten von Sachen ganz verschiedenartige Grundsätze aufstellt, die in zwei gesonderten Titeln behandelt werden. Der rechtsgeschäftliche Erwerb von Grundstücken (für die sonstigen Erwerbsfälle: Erbfolge, Zuschlag in der Zwangsversteigerung, Enteignung gilt besonderes) erfolgt nach dem auf der Grundbuchverfassung (S. 709[1]) aufgebauten BGB. durch Auflassung, d. h. eine Erklärung beider Vertragsteile oder ihrer Vertreter vor dem Amtsgericht der belegenen Sache als Grundbuchamt, und Eintragung der so erklärten „Einigung" in das Grundbuch (§ 925). Verjährung und Ersitzung haben für Grundstücke grundsätzlich keine Bedeutung mehr (vgl. nur § 900, sog. Tabularersitzung und § 927, sog. Kontratabularersitzung). Die Aneignung herrenloser Grundstücke ist ein Vorbehalt des Staats (§ 928 Abs. 2).

Für bewegliche Sachen ist dagegen die Übertragung der normale Weg zur Herbeiführung des Eigentumsübergangs (§§ 929 ff.). Als Erwerbsgründe sind ferner Ersitzung, Verbindung, Fruchterwerb, Aneignung und Fund anerkannt.

[2]) D. 41, 1: De adquirendo rerum dominio.

[3]) Im 16. Jahrhundert kam die Anschauung auf, daß sich Eigentumserwerb nur vollziehe beim Zusammentreffen zweier Umstände: eines obligatorischen (titulus adquirendi), durch den ein persönliches Recht auf Erwerb der Sache (ius ad rem, S. 429[4]) begründet würde und eines sachlichen (modus adquirendi), durch den das vorhandene obligatorische ius ad rem sich in ein dingliches ius in re verwandele.

Diese Anschauung gründete sich auf zwei Quellenstellen, einen Ausspruch in D. 41, 1, 31: Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur und die l. 20 C. 2, 3: Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. Beide Sätze bringen aber nur selbstverständliche Rechtsgedanken zum Ausdruck, der erstere den Grundsatz, daß aus der Tatsache der Besitzübertragung allein auf Eigentumsübergang nicht geschlossen werden kann, weil die Übertragung ebenso gut zu anderen Zwecken, zB. Pfandbestellung, Einräumung einer Emphyteuse usw., erfolgt sein kann, und der letztere den Grundsatz, daß das Eigentum nicht durch obligatorische, sondern durch dingliche Rechtsakte übertragen wird. Unrichtigerweise wurde nun, indem man die erste Stelle dahin verstand: „Übergabe allein genügt nicht zum Eigentumserwerb, es muß ein Titel vorhanden sein", und die zweite dahin: „der Titel allein genügt nicht, es muß Übergabe hinzutreten", der eingangs er-

Sache ein doppeltes Eigentum unmöglich ist (S. 710), folgt aus dem Erwerb des Eigentums an einer Sache der Untergang des Eigentums des bisherigen Eigentümers. Eigentumsverlust ohne den entsprechenden Eigentumserwerb durch einen Anderen findet statt bei dem Entweichen von Tieren (unten § 127 a 1), der Dereliktion (unten § 127 a 2), dem Untergang einer Sache (zB. Tod eines Tieres).

a. Adquisitiones civiles und naturales.

Die Eigentumserwerbsarten des älteren rR. beruhen teils auf ius civile, teils auf ius gentium[4]). Die den letzteren entstammenden sog. adquisitiones naturales sind in das neueste rR. und von da in das moderne Recht übergegangen und daher im einzelnen unten (§§ 123 ff.) zu besprechen. Die adquisitiones civiles dagegen gehörten mit Ausnahme — der freilich sehr umgebildeten — Ersitzung (unten § 124) schon zu Zeiten Justinians der Geschichte an.

---

wähnte allgemeine Grundsatz aufgestellt, der vor allem im Pr. ALR. streng durchgeführt worden ist. Das Dogma vom notwendigen Zusammenwirken eines titulus mit einem modus ist durchaus unrichtig. Beim originären (S. 734) Eigentumserwerb — von der einen Titel voraussetzenden (unten § 124 c 2) Ersitzung abgesehen — ist ein ein ius ad rem gewährender Titel überhaupt nicht denkbar. Beim derivativen Eigentumserwerb, insbesondere bei der Übergabe und heute bei der Auflassung (S. 730[1]) ist ein solcher Titel zwar regelmäßig vorhanden — aber der Eigentumserwerb ist von seinem Vorhandensein und seiner Rechtsbeständigkeit unabhängig; denn die derivativen Eigentumserwerbsarten sind abstrakte Rechtsvorgänge (dingliche Rechtsgeschäfte, S. 318[1]). Läßt A dem B ein Grundstück auf oder übergibt er ihm ein Pferd zu Eigentum, so wird B auch dann Eigentümer, wenn er glaubte, A wolle ihm das Pferd schenken, während A es ihm verkaufen wollte. Vgl. unten S. 736.

[4]) I. 2, 1, 11: Singulorum autem hominum multis modis res fiunt: quarundam enim rerum dominium nanciscimur iure naturali, quod, sicut diximus, appellatur ius gentium, quarundam iure civili. commodius est itaque a vetustiore iure incipere. palam est autem vetustius esse naturale ius, quod cum ipso genere humano rerum natura prodidit: civilia enim iura tunc coeperunt, cum et civitates condi et magistratus creari et leges scribi coeperunt.

1. Die adquisitiones civiles sind als dem ius civile angehörig nur solchen Personen zugänglich, die des commercium teilhaftig sind (S. 153), und sind — wenigstens für die wichtigsten Gegenstände des altrömischen Rechtsverkehrs, die res mancipi (S. 241) — allein geeignet, vollwertiges Eigentum (dominium ex iure Quiritium, S. 711) zu begründen.

Adquisitiones civiles sind: mancipatio, in iure cessio, adiudicatio, usucapio, Zuweisung von Staatsgut durch einen zuständigen Beamten und Eigentumsübergang kraft Gesetzes.

α. Die nur bei res mancipi anwendbare mancipatio war, wie S. 153 dargestellt, ursprünglich ein Handkauf, d. h. ein Kauf, bei welchem der Verkäufer die Ware dem Käufer sofort zu Eigentum überträgt, während dieser Zug um Zug (daher vielleicht der S. 551[14] behandelte Grundsatz) den Kaufpreis durch Zuwägen an den Verkäufer zahlt. Später hat sich die mancipatio jedoch zu einer bloßen Rechtsform (imaginaria venditio) für Eigentumserwerbsfälle aller Art entwickelt (so zB. auch für die Fälle von Schenkung, fiducia, Verkauf unter Kreditierung des Kaufgelds), also, wie man heute sagen würde, zu einem abstrakten dinglichen Vertrage, ähnlich der heutigen Auflassung (S. 731[5]). Die causa der Übereignung ergab sich erst aus der nuncupatio, dem mündlich Vereinbarten, ebenso die Geschäftsbedingungen, zB. Verkauf eines Grundstücks unter Vorbehalt des Nießbrauchs (deductio, unten § 137 a 1 *γ*) oder unter Garantie der Servitutenfreiheit (ager optimus maximus, S. 554[4]) oder unter Ausbedingung der Rückgabe (fiducia, S. 158[5]). Über die Haftung des Manzipationsverkäufers auf das Doppelte im Falle der Entwehrung (actio auctoritatis) vgl. S. 555.

Die mancipatio war schon im 4. Jahrhundert n. Chr. veraltet und wurde von Justinian in C. 7, 31 ausdrücklich beseitigt. In den Quellen sind zahlreiche Fälle, die sich auf die Manzipation bezogen, durch Interpolation (S. 134) in Traditionsfälle umgewandelt.

β. Die für res mancipi und nec mancipi anwendbare, aber wegen der Notwendigkeit der Angehung des

Gerichts weniger beliebte (G. 2, 25) in iure cessio war, wie S. 158 dargelegt, eine dem Eigentumsprozesse nachgebildete Rechtsform (imaginaria vindicatio). Sie war gleich der mancipatio ein abstrakter dinglicher Vertrag. Auch sie war schon lange vor Justinian veraltet.

γ. Die adiudicatio im Teilungsverfahren war eine civile Eigentumserwerbsart, wenn sie in einem iudicium legitimum[5]) erfolgte.

δ. Über die civilrechtliche usucapio und ihre Umbildung in die Ersitzung des justin. R. ist im § 124b zu sprechen.

ε. Eine Eigentumsübertragung von Staatsgut fand statt:

a. beim Verkauf von Staatsland durch den Quästor (ager quaestorius) und bei der Verteilung von Staatsland (ager assignatus) zufolge einer lex agraria (S. 99[4]), bei einer Kolonie (S. 81) oder zur Belohnung von Veteranen;

b. bei der Versteigerung (addictio) erbeuteter Sachen (sectio praedae) durch den Quästor „sub hasta" (S. 78[4]), wobei die als Sklaven zu verkaufenden Gefangenen zum Zeichen des Ausschlusses der Gewährleistung einen Kranz trugen (venditio sub corona);

c. im Falle der sectio bonorum, d. h. beim Verkauf konfiszierter Güter eines Verbrechers (S. 215[9]).

In allen diesen Fällen geht nach justin. R. Eigentum erst mit der Übergabe über.

ζ. Unmittelbar kraft Gesetzes (lege) findet Eigentumsübergang statt: im Falle der Verwirkung[6]), sowie der capitis diminutio (S. 204), und kraft der Erbfolge.

---

[5]) G. 4, 104: Legitima sunt iudicia, quae in urbe Roma vel intra primum urbis Romae miliarium inter omnes cives Romanos sub uno iudice accipiuntur. Fehlt eines dieser Erfordernisse, so liegt ein iudicium imperio continens vor; ein solches endet mit dem Amte des Magistrats, der es angeordnet hat, während das iudicium legitimum ursprünglich zeitlich unbegrenzt ist und nach Augustus' lex iudiciaria 18 Monate in Kraft bleibt.

[6]) Eigentumsübergang kraft Verwirkung tritt in folgenden Fällen ein:

a. Die dem Zoll entzogenen Sachen fallen an den Zollberechtigten (cadere in commissum, vgl. D. 34, 4 und C. 4, 61).

2. Adquisitiones naturales sind: die traditio (unten § 123), die usucapio in ihrer neueren Form (unten § 124 b), die confusio, commixtio, specificatio (unten § 125), der Erwerb von Erzeugnissen und sonstigen Accessionen (unten § 126), die occupatio (unten § 127), der Fund (unten § 128), endlich die adiudicatio (unten § 132 b) in einem iudicium imperio continens (S. 733[5]).

b. Originärer und derivativer Eigentumserwerb.

Erwirbt jemand das Eigentum an einem Gegenstande von dem bisherigen Eigentümer, stützt er also sein Eigentum auf einen Rechtsurheber (auctor), von dem er sein Recht „herleitet", so spricht man von derivativem (abgeleitetem), hat sich der Eigentumserwerb dagegen unabhängig von einem Vorgänger vollzogen, von originärem (ursprünglichem) Eigentumserwerb.

Originär ist z.B. der Erwerb durch Ersitzung, Verarbeitung, Fund, der Erwerb von Erzeugnissen. Gleichgültig ist hierbei, ob die erworbene Sache schon in eines Anderen Eigentum gestanden hat (wie bei der Ersitzung, dem Fund, der Verarbeitung, der Aneignung derelinquierter Sachen), oder der Erwerber ihr erster Eigentümer ist (wie bei der Jagdbeute, dem Fruchterwerb). Auch im ersteren Falle liegt originärer Erwerb vor; denn der Erwerbende gründet sein Eigentum nicht auf das — inzwischen untergegangene — Eigentum des früheren Eigentümers.

---

b. Die durch unerlaubte Selbsthülfe fortgenommenen Sachen verfallen dem Entsetzten (S. 376).

c. Wer als Miteigentümer eines Hauses seinen Anteil an den Reparaturkosten dem Genossen, der sie bezahlt hat, nicht binnen vier Monaten erstattet, verwirkt sein Miteigentum an diesen Genossen (D. 17, 2, 52, 10; C. 8, 10, 4).

d. Wer ein fruchtbringendes steuerpflichtiges Grundstück unbebaut läßt, verliert es zu Gunsten dessen, der es bestellt, falls er ihm nicht binnen zwei Jahren seine Verwendungen erstattet (C. 11, 58, 8).

e. der parens binubus verliert das Eigentum der lucra nuptialia an die Kinder erster Ehe (unten § 150 c).

Derivativ ist zB. der Erwerb des Eigentums durch Erbgang (Erbschaft und Vindikationslegat), durch Adjudikation, durch mancipatio und in iure cessio, vor allem aber durch Übergabe (und heute durch Auflassung). Der derivative Erwerb kann auf dem Willen des bisherigen Eigentümers beruhen (Übergabe, testamentarische Erbschaft) oder auf Richterspruch (adiudicatio) oder unmittelbar auf Gesetz (Intestaterbfolge).

Praktische Bedeutung hat die Unterscheidung vor allem für die Beweislast. Zum Nachweise des abgeleitet erworbenen Eigentums muß auch das Eigentum der Vorgänger soweit hinauf bewiesen werden, bis ein ursprünglicher Erwerb, zB. durch Ersitzung, feststeht (sog. probatio diabolica, unten § 129 b 1); denn nach dem Grundsatze „nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet" (S. 265) kann Eigentum nur seitens eines Eigentümers weiter übertragen werden und mit den Belastungen, die auf ihm ruhen[7]).

Der derivative Eigentumserwerb kann sich wie jeder abgeleitete Erwerb (S. 266) vollziehen: durch Universalsuccession (Erbgang oder adquisitio per universitatem, S. 266, venditio bonorum im Konkurs, S. 520, conventio in manum mariti, unten § 146 a) oder durch Singularsuccession (zB. Übergabe). Hier kommen nur die singulären Erwerbsfälle in Betracht.

§ 123. Übertragung.

a. Begriff.

Der abgeleitete Eigentumserwerb vollzieht sich im jüngsten rR.[1]) regelmäßig durch Übertragung, d. h. durch Über-

[7]) In der Durchbrechung dieses den Verkehr sehr behindernden Grundsatzes des rR. durch die Aufstellung des umgekehrten Satzes, daß Eigentümer auch der wird, der eine Sache vom Nichteigentümer gutgläubig erwirbt (unten S. 741[b]), liegt eine der wichtigsten Neuerungen des BGB. gegenüber dem Gem. R.

[1]) Ebenso BGB., nach dem die Übertragung jedoch nur für bewegliche Sachen anwendbar ist (§§ 929 ff.), während für Immobilien

gabe einer Sache auf Grund einer Einigung des Eigentümers und des Erwerbers darüber, daß letzterer Eigentümer werden soll (vgl. BGB. § 929). Die Erfordernisse einer den Eigentumsübergang vermittelnden Übertragung sind hiernach: ein rechtsgeschäftliches: Einigung des Veräußerers und des Erwerbers (unten b), ein sachliches: Übergabe der Sache an den Erwerber (unten c) und ein rechtliches: Befugnis des Veräußerers zur Eigentumsübertragung (unten d).

b. Die Einigung.

1. Die zur Bewirkung des Eigentumsübergangs durch Übertragung erforderliche Einigung bedeutet einen Vertrag, inhalts dessen das Eigentum an einer Sache von dem bisherigen Eigentümer auf den Erwerber übergehen soll. Dieser unmittelbar auf eine Vermögensverschiebung gerichtete, also „dingliche" (S. 318[1]) Vertrag hat nichts mit dem obligatorischen Vertrage zu tun, der zu der Eigentumsübertragung den Anlaß gegeben hat. Verkauft A dem B ein Pferd, so ist der Kaufvertrag der obligatorische Vertrag. Eine Eigentumsverschiebung wird nun durch den Abschluß des Kaufvertrags allein noch nicht bewirkt (C. 2, 3, 20, oben S. 551), sondern erst dadurch, daß A dem B das Pferd in der Absicht übergibt, ihm Eigentum daran zu verschaffen, und B es in der Absicht annimmt, Eigentum daran zu erwerben. Dieser durch das Übereinstimmen des Veräußerungs- und des Erwerbswillens (animus dominii transferendi et adquirendi) geschlossene (dingliche) Vertrag bewirkt aber andererseits für sich allein — unter den übrigen Voraussetzungen (Übergabe, Eigentum des Veräußerers) — den Eigentumsübergang; hat A dem B das Pferd zu Eigentum übergeben, so wird B selbst dann Eigentümer des Pferdes, wenn der der dinglichen Einigung zu Grunde liegende obligatorische Vertrag ungültig ist, zB. weil A das Pferd nicht verkaufen wollte, B annahm, daß A es

---

der rechtsgeschäftliche Eigentumserwerb durch die Auflassung und Eintragung im Grundbuch vermittelt wird (S. 730[1]).

ihm schenke. M. a. W.: Der Eigentumsübertragungsvertrag ist ein abstrakter Vertrag[2]).

---

[2]) Ob die traditio abstraktes oder kausales Rechtsgeschäft ist, ob also insbesondere, wenn beide Teile Eigentum übertragen und empfangen wollen, eine mangelnde Willensübereinstimmung bezüglich des weiteren Zwecks der Übergabe (der causa traditionis) gleichgültig ist, war unter den römischen Juristen streitig. Es besteht eine berühmte, noch nicht sicher gelöste Antinomie zwischen zwei Aussprüchen Julians und Ulpians:

Iulianus D. 41, 1, 36: Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes, ex stipulatu tibi eum deberi. nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus. Hiernach behandelt Julian die Tradition als abstrakten Vertrag; denn die zwecks Eigentumsübertragung vorgenommene Tradition soll selbst dann Eigentumserwerb herbeiführen, wenn der mit der Tradition beabsichtigte weitere Zweck nicht eintritt, weil die Parteien über ihn nicht einig sind. Selbstverständlich kann durch die Tradition nur dann ein Eigentumsübergang herbeigeführt werden, wenn die Parteien mindestens über den nächsten Zweck der Tradition, nämlich den Eigentumsübergang selbst einig sind, d. h. es muß bei ihnen jedenfalls der sog. animus dominii transferendi et adquirendi vorhanden sein (S. 736).

Im Gegensatze dazu sagt Ulpian in D. 12, 1, 18, pr.: Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, videndum. Et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. quare si eos consumpserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti.

Julians Meinung ist der Vorzug zu geben. Ebenso BGB., das die Selbständigkeit des dinglichen Vertrags und seine Unabhängigkeit von dem zu Grunde liegenden obligatorischen Vertrage vollständig durchgeführt hat (§§ 873, 929).

Ausnahmsweise tritt nach rR. der Eigentumsübergang nicht ein, wenn das kausale Geschäft gesetzlich verboten ist, so wenn ein Ehegatte dem andern eine Sache schenkungsweise übergibt (D. 24, 1, 3, 10, S. 571), wenn eine Frau eine Sache zwecks einer Intervention (S. 535[2]) übergibt (D. 16, 1, 32, 2). Im übrigen wird durch die Nichtigkeit des kausalen Geschäfts der Eigentumsübergang nicht gehindert; vgl. zB. D. 12, 5, 2.

2. Ist hiernach zum Eigentumsübergang durch Übertragung die dingliche Einigung hinreichend, so muß diese andererseits den Erfordernissen jedes Vertrages genügen. Eigentum geht daher z.B. nicht über, wenn A dem B rechtsgültig ein Pferd verkauft, die Übergabe aber im Zustande der Geschäftsunfähigkeit vollzieht oder der Veräußerer sich bei der Übergabe in einem Irrtum befindet, so über den Gegenstand, den Empfänger, die Eigentumsverhältnisse an der übergebenen Sache[3]). Die Einigung muß ferner einen Übereignungsvertrag darstellen. Ist bei den Parteien nicht der animus dominii transferendi et adquirendi vorhanden, so bewirkt die Übergabe keinen Eigentumsübergang[4]). Denn diese kann noch zu zahllosen anderen Zwecken (Verpfändung, Leihe, Verwahrung usw.) erfolgen. Daß die Übergabe zum Zwecke der Eigentumsübertragung erfolgt ist, wird sich vielfach nur aus dem unterliegenden obligatorischen Geschäft erkennen lassen. So ist die S. 730[5] besprochene l. 31 D. 41, 1 zu verstehen: „nunquam nuda traditio transfert dominium".

3. Bei der dinglichen Einigung ist, wie bei sonstigen Verträgen Stellvertretung zulässig[5]).

---

[3]) Vgl. z.B. D. 41, 1, 35: Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam quasi meam vel pupilli alii tradiderint, non recessit ab eis dominium et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit.

[4]) Vgl. z.B. auch D. 39, 5, 10: Absenti, sive mittas qui ferat, sive quod ipse habeat sibi habere eum iubeas, donari recte potest. sed si nescit rem quae apud se est sibi esse donatam, vel missam sibi non acceperit, donatae rei dominus non fit, etiamsi per servum eius cui donabatur missa fuerit, nisi ea mente servo eius data fuerit, ut statim eius fiat.

[5]) Auch hier muß aber Einverständnis der mit einander verhandelnden Personen über die Person des Empfängers vorhanden sein. Will A also ein Pferd dem B zu Eigentum übergeben und nimmt B es mit der Erklärung an, daß er es für C erwerbe, oder will A es dem B als Vertreter des C übergeben, während B erklärt, es für sich erwerben zu wollen, so kommt kein Übereignungsvertrag zustande und der Eigentumsübergang tritt nicht ein. Anders, wenn der Empfänger die Sache annimmt, ohne seinen von dem des Gebers abweichenden Willen kund zu geben; dann kommt der innere Wille des Empfängers

4. Der auf Eigentumsübertragung gerichtete Vertrag kann unter einer Bedingung oder einer Befristung geschlossen werden. Besonders häufig ist das pactum reservati dominii, der vertragsmäßige Vorbehalt des Eigentums (vgl. BGB. § 455). Beim Kauf wird nach rR. der Eigentumsübergang schon kraft Gesetzes bis zur Zahlung oder Sicherstellung des Kaufpreises aufgeschoben (S. 551; anders BGB., vgl. jedoch CPO. § 817 Abs. 3).

c. Übergabe.

1. Der bloße Übereignungsvertrag genügt nicht zur Bewirkung des Eigentumsübergangs; es muß regelmäßig[6]) Übergabe, Übertragung des juristischen Besitzes (C. 2, 3, 20, S. 730[8]) hinzutreten. Diese braucht aber nicht immer von Hand in Hand zu erfolgen; sie kann vielmehr unter Umständen auch geschehen durch die bloße dingliche Einigung, nämlich:

α. durch brevi manu traditio (I. 2, 1, 44, S. 683), falls der Erwerber die ihm zu übergebende Sache (zB. als Mieter, Leiher, Verwahrer) bereits innehat (vgl. BGB. § 929 Satz 2);

---

als bloße Mentalreservation (S. 289) nicht in Betracht. So erklärt sich der anscheinende Widerspruch zwischen D. 39, 5, 13 und 41, 1, 37, 6. Vgl. S. 686[22].

[6]) Eigentumsübergang durch bloßen Vertrag ohne Übergabe vollzieht sich ausnahmsweise bei Verkäufen und Schenkungen an Kirchen und milde Stiftungen; diese sollen auch ohne Tradition Eigentümer werden (C. 1, 2, 23, 4). Keine Ausnahme bildet dagegen der Eigentumsübergang an dem beiderseitigen Vermögensstande auf die Gesellschafter im Falle des Abschlusses einer societas omnium bonorum (D. 17, 2, 1, 1), da hier ein constitutum possessorium unterstellt wird (D. 17, 2, 2).

Aus dem modernen Recht vgl. BGB. § 926 (Eigentumsübergang am Zubehör kraft der Auflassung) und HGB. § 474 (Eigentumsübergang an Seeschiffen durch bloßen Vertrag).

Wegen der vorwiegenden Bedeutung der Übergabe für die Übereignung, wird in den Quellen die traditio, also die Besitzübertragung, als der Eigentumsübertragungsvorgang bezeichnet, indem der Übereignungswille unterstellt wird (zB. I. 2, 1, 40: per traditionem res nobis adquiruntur; vgl. dagegen D. 41, 1, 31, pr., S. 730[8]).

β. durch constitutum possessorium (S. 683); d. h. soll der Veräußerer, der die zu übergebende Sache im Besitze hat, die Innehabung der Sache weiter behalten, so genügt zur Besitzübertragung die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses, kraft dessen der Veräußerer (als Mieter, Verwahrer, Leiher) die Sache weiter behält (BGB. § 930).[7])

2. Bei der Übergabe unter Abwesenden (Distanzgeschäft) geht das Eigentum schon mit der Übergabe an den Überbringer (Bote, Post, Frachtführer) über, wenn dieser Stellvertreter des Empfängers ist (S. 738[4]), sonst erst mit der Ablieferung[8]).

3. Die Übergabe muß an eine bestimmte Person erfolgen; eine Ausnahme bildet der sog. iactus missilium (I. 2, 1, 46, D. 41, 1, 9, 7, D. 41, 7, 5, 1, z.B. das Auswerfen von Geld, das Auslegen von zum Mitnehmen bestimmten Schriften), wobei eine traditio ad incertam personam stattfindet. Manche fassen den iactus missilium dagegen nicht als Tradition, sondern als Dereliktion (unten § 127 b 2) mit nachfolgender Okkupation auf.

d. Übergabe durch den Eigentümer.

Die von jemandem mit dem animus dominii transferendi übergebene Sache macht den Empfänger, selbst wenn er den animus dominii adquirendi hat, nach rR. grundsätzlich nur dann zum Eigentümer, wenn der Veräußerer zur Übereignung befugt, d. h. Eigentümer der Sache (D. 41,

---

[7]) Durch die bloße Erklärung des Veräußerers, daß er die von ihm bisher besessene Sache nunmehr für den Erwerber innehaben wolle, ohne Vereinbarung eines die Innehabung kennzeichnenden Rechtsverhältnisses, wird der Besitz nicht übertragen.

Hat weder der Veräußerer noch der Erwerber die Sache inne, sondern ein Dritter, so geht das Eigentum an ihr nicht durch die bloße Abtretung der rei vindicatio, sondern erst dadurch über, daß der Erwerber in den Besitz der Sache gelangt; vgl. D. 21, 3, 1, 5. Anders BGB. § 931, wonach die Übergabe dadurch ersetzt werden kann, daß der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt; vgl. S. 684[15].

[8]) Vgl. D. 41, 1, 65, pr. und D. 47, 2, 14, 17.

1, 20, pr.) oder namens des Eigentümers über die Sache zu verfügen berechtigt ist (vgl. D. 21, 3, 1, 2 und 3, C. 8, 44, 11), so zB. auch als Bevollmächtigter (D. 41, 1, 9, 4) oder als gesetzlicher Vertreter (D. 49, 14, 5, 1). Der Erwerb vom Nichteigentümer bewirkt, selbst wenn der Empfänger gutgläubig ist, d. h. den Veräußerer für den Eigentümer hält[9]), nur publizianischen Besitz (unten § 131), führt also erst durch die Ersitzung zum Eigentum.

---

[9]) Der Erwerber erhält das Eigentum ferner so, wie es beim Veräußerer ist, also zB. belastet, wenn an ihm iura in re aliena bestehen (D. 41, 1, 20). Darin zeigt sich gerade die absolute Wirkung der dinglichen Rechte, daß sie auch gegen jeden Dritten gehen (daher die Regel für die Eigentumsklage: ubi rem meam invenio, ibi eam vindico; unten § 129[3]).

Auf ganz anderem Standpunkte steht (dem deutschem Recht folgend, vgl. die Sprüchwörter: „Hand wahre Hand", „Wo man seinen Glauben gelassen hat, muß man ihn suchen") das BGB. im Interesse der Sicherung des Rechtsverkehrs. Hinsichtlich der Immobilien gilt der Grundsatz, daß der jedenfalls gesichert ist, der von einem im Grundbuch Eingetragenen ein Recht (das Eigentum des Grundstücks oder ein dingliches Recht an diesem) erwirbt, es sei denn, daß dem Erwerber die Unrichtigkeit des Grundbuchs bekannt ist (§§ 873 ff.). Für den Erwerb beweglicher Sachen gilt nach §§ 932 ff. der entsprechende Grundsatz, daß der Erwerber auch dann Eigentümer wird, wenn die ihm übertragene Sache nicht dem Veräußerer gehört, es sei denn, daß er nicht in gutem Glauben ist, d. h. daß ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört. Bei beweglichen Sachen steht also — anders als bei Grundstücken — grobfahrlässige Unkenntnis der Kenntnis gleich. Eine Ausnahme besteht nur für solche Sachen, die dem Eigentümer wider seinen Willen abhanden gekommen sind, abgesehen von Geld, Inhaberpapieren und den im Wege öffentlicher Versteigerung veräußerten Sachen. Der gutgläubige Erwerber eines gestohlenen Hundertmarkscheins wird also dessen Eigentümer, nicht aber der gutgläubiger Erwerber eines gestohlenen Pferdes.

In gleicher Weise wirken im Falle der Veräußerung einer (mit Pfandrecht oder Servituten) belasteten Sache die Belastungen nicht gegen den gutgläubigen Erwerber (§§ 892, 936).

Hierin liegt eine der bedeutungsvollsten Abweichungen des BGB. vom Gem. R. Wohl zu beachten ist jedoch, daß der gute Glaube nur die mangelnde Verfügungsbefugnis des Veräußerers deckt, nicht auch eine mangelnde Verfügungsfähigkeit. Wer vom Eigentümer kauft, wird auch nach BGB. nicht Eigentümer, wenn der Veräußerer geschäftsunfähig ist, auch wenn der Erwerber dies nicht weiß. Hier muß die Ersitzung helfen (unten § 124[4]).

Keine eigentliche Ausnahme von diesen Grundsätzen bilden die Fälle der Konvaleszenz (oben S. 346), also wenn der Veräußerer nachträglich — zB. durch Erbgang — Eigentümer wird (D. 21, 3, 1, pr. und 2) oder vom Eigentümer vorbehaltlos beerbt wird (D. 21, 3, 1, 1; 21, 2, 73). Denn abgesehen davon, daß der Erwerber durch die Konvaleszenz nicht wirklich Eigentümer, sondern nur gegen dolose Ansprüche des Veräußerers im Wege der exceptio rei venditae et traditae geschützt wird, fällt hierbei der den Eigentumsübergang hindernde Mangel der Verfügungsbefugnis später fort und es wird nur von der nochmaligen Übertragung abgesehen. In einigen Ausnahmefällen führt die Übertragung seitens eines Nichteigentümers aber wirklich den Eigentumsübergang herbei, nämlich:

1. wenn der Pfandgläubiger die ihm verpfändete Sache rechtmäßig veräußert (I. 2, 8, 1; vgl. BGB. § 1242, CPO. § 897); unten § 142 c 4.

2. wenn der Fiskus, der Kaiser oder die Kaiserin fremde Sachen veräußern. Der auf diese Weise seines Eigentums Beraubte sowie die ihre Rechte verlierenden Pfandgläubiger behalten nur einen persönlichen in vier Jahren verjährenden Anspruch gegen den Veräußerer (I. 2, 6, 14, C. 7, 37, 2 und 3).

§ 124. Ersitzung.

a. Begriff und Bedeutung[1]).

Ersitzung ist Eigentumserwerb durch fortgesetzten Besitz (D. 41, 3, 3: usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti). Ihre Einführung beruht auf den gleichen Erwägungen

[1]) I. 2, 6: De usucapionibus et longi temporis possessionibus, D. 41, 3: De usurpationibus et usucapionibus, vgl. D. 41, 4—10; C. 7, 30: Communia de usucapionibus, vgl. auch C. 7, 26—29.

wie die der Verjährung (S. 358).[2]) Ihre Bedeutung zeigt sich im klassischen rR. — abgesehen von der durch sie gewährten Erleichterung des Eigentumsbeweises (unten § 131) — nach zwei Richtungen: einmal — bei der bloßen traditio einer res mancipi durch den Eigentümer, S. 732 — soll sie die Mängel der Form des Erwerbsakts heilen; andererseits dient sie dem Eigentumserwerb desjenigen, der eine Sache gutgläubig aber mit einem materiellen Mangel behaftet, nämlich vom Nichteigentümer, oder einem nicht zur Veräußerung berechtigten Eigentümer[3]) erworben hat (S. 741).[4]) Aber nicht nur die vollendete, auch die nur begonnene Ersitzung hat Rechtsfolgen: wer sich im Ersitzungsbesitze befindet, ist gegen Minderberechtigte wie ein Eigentümer geschützt (actio Publiciana, unten § 131).

b. Geschichtliche Entwickelung.

Die Ersitzung des just. R. ist das Ergebnis einer Verschmelzung der usucapio des Civilrechts mit der longi temporis praescriptio des ius gentium.

---

[2]) D. 41, 3, 1: Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium.

[3]) D. 41, 4, 2, 15: Si a pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem, dicimus usucapionem sequi, ut hic plus sit in re quam in existimatione: quod si scias pupillum esse, putes tamen pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administrare, non capies usu, quia iuris error nulli prodest. Die Stelle gibt zugleich ein gutes Beispiel für die verschiedene Behandlung des tatsächlichen und des Rechtsirrtums (S. 294).

[4]) Im BGB. beschränkt sich die Ersitzung (vgl. nur § 900, S. 730[1], „Tabularersitzung") auf bewegliche Sachen (und den Nießbrauch, § 1033, unten § 137 c), da sie dem eingetragenen Eigentümer eines Grundstücks gegenüber (abgesehen von der „Kontratabularersitzung", § 927) unwirksam ist. Aber auch für Mobilien ist ihre Bedeutung durch den das BGB. beherrschenden Grundsatz (S. 741[9]) eingeschränkt, daß auch der gutgläubige Erwerb von einem Nichteigentümer geschützt ist. Sie hat also im wesentlichen nur für die Ausnahmefälle Bedeutung, in denen der gutgläubige Erwerber nicht geschützt ist, zB. bei gestohlenen Sachen und mangelnder Verfügungsfähigkeit des Veräußerers.

1. Schon die 12 Tafeln bestimmten, daß **Grundstücke** binnen zwei Jahren, alle übrigen Gegenstände (auch die **Erb**schaft, unten Anm. 6) binnen eines Jahres ersessen **werden** sollten: „usus auctoritas[5]) fundi biennium est, ceterarum rerum annus." Auf formelle Rechtmäßigkeit des **Besitzes** (Besitztitel) und guten Glauben beim Besitzerwerb **kam** es dabei nicht an (mindestens nicht anfänglich).[6]) Auch **Servi**-

[5]) Usus (et) auctoritas sind zwei ohne Kopula neben einander gestellte Nominative, wie „usus fructus". Auctoritas bezeichnet die Gewährleistungspflicht des Manzipanten einer fremden Sache (auctor) im Falle ihrer Eviktion (actio auctoritatis, S. 555). Der Satz der 12 Tafeln bedeutet also: für Ersitzung (usus) und Eviktionshaftung (auctoritas) gelten die gleichen Fristen von 2 und 1 Jahr. Diese Gleichstellung beruht darauf, daß der Empfänger durch die Ersitzung Eigentümer wird und daß damit gleichzeitig die Gewährleistungspflicht des Veräußerers ihr Ende erreicht. Auch die Unersitzbarkeit (S. 747) wird daher in den 12 Tafeln als „aeterna auctoritas", (d. h. also „nie endende Eviktionshaftung") bezeichnet, so z.B. „adversus hostem aeterna auctoritas" (S. 746), „rerum furtivarum aeterna auctoritas" (S. 748).

[6]) Auch im späteren Recht erhielten sich einige Sonderfälle, in denen sich die usucapio trotz Fehlens von titulus und bona fides vollzog.

a. Usucapio pro herede.

Wer eine vom Erben noch nicht angetretene Erbschaft (hereditas iacens) ganz oder zum Teil in Besitz nahm, ersaß ursprünglich das in Besitz Genommene in einem Jahre, auch wenn es sich um Grundstücke handelte (weil die hereditas zu den „ceterae res" der 12 Tafeln gehörte). Als Grund dieser usucapio lucrativa et improba bezeichnet G. 2, 55: quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, et ut creditores haberent, a quo suum consequerentur. Unzulässig war diese Ersitzung gegenüber einem suus (da er die Erbschaft ohne Antretung erwarb, § 161 a) und zu Gunsten desjenigen, der eine Sache schon bei Lebzeiten des Erblassers von ihm, z.B. als Depositum, erhalten hatte. Gerade für den letzteren Fall wurde der Satz aufgestellt (S. 684): nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest (D. 41, 2, 3, 19).

Durch ein SC. (Iuventianum, nach Juventius Celsus, S. 122 benannt) unter Hadrian wurde diese usucapio pro herede dem wirklichen Erben gegenüber für wirkungslos erklärt und Mark Aurel bestrafte die unbefugte Aneignung von Erbschaftssachen als crimen expilatae hereditatis (D. 47, 19, 1). Die von nun an noch

tuten konnten anfänglich ersessen werden; dies wurde jedoch durch eine lex Scribonia (D. 41, 3, 4, 28) aufgehoben (unten § 137 c), sodaß sich die Ersitzung nunmehr nur auf das Eigentum bezog.

2. Die usucapio war ein Institut des ius civile (G. 2, 65). Sie war also einerseits Peregrinen versagt

---

vorkommende „usucapio pro herede" ist ein Fall der ordentlichen Ersitzung (S. 749).

b. Usureceptio.

In einigen Fällen, in denen es sich um den Rückerwerb von Sachen handelt, war die Ersitzung besonders erleichtert.

1. Usureceptio ex fiducia.

Hatte jemand fiduciae causa (S. 158[5]) eine Sache auf einen Anderen durch mancipatio oder in iure cessio zu Eigentum übertragen, während der Zweck dieser Übertragung nur war, ihm die Sache zu verpfänden oder in Verwahrung zu geben, so konnte der Veräußerer die Sache, wenn er ihren Besitz zurückerhielt, auch ohne Rückmanzipation oder Rückcession und selbst, wenn es sich um eine Immobilie handelt, durch einjährige Ersitzung zurückerwerben. Hatte jedoch der Fiduziar im Falle der fiducia zwecks Pfandbestellung (unten § 140 b) seine Forderung noch nicht zurückerhalten, so findet diese usureceptio nicht statt (G. 2, 60).

2. Usureceptio ex praediatura.

Hatte ein publicanus (als manceps, S. 78[4]) für die von ihm gepachteten Einkünfte „praedibus praediisque" Sicherheit bestellt und verkauft der Fiskus eines der ihm so verpfändeten Grundstücke, so konnte der ursprüngliche Eigentümer, wenn er den Besitz des Grundstücks zurückerlangte oder darin belassen wurde, durch zweijährigen, selbst schlechtgläubigen Besitz, das Eigentum wiedererwerben. Der Käufer hieß praediator, daher der Name dieses Rückersitzungfalls (G. 2, 61).

Keiner der Fälle von usureceptio ist in das just. R. übergegangen.

c. Usucapio ex Rutiliana constitutione.

Eine unter der Agnatentutel stehende Frau (S. 283) durfte ohne auctoritas tutoris ihre res mancipi nicht veräußern. Der Empfänger konnte sie auch durch Ersitzung im allgemeinen nicht erwerben (S. 747[9]). Von diesem Grundsatze macht eine, in den vatikanischen Fragmenten behandelte, aber nicht näher bekannte „constitutio Rutiliana" eine Ausnahme, indem für den Fall eines Kaufs die Usukapion des Käufers, falls er den Kaufpreis bereits bezahlt hatte, in der gewöhnlichen Zeit von 1 und 2 Jahren für zulässig erklärt wurde, es sei denn, daß ihm die Rückzahlung des Kaufpreises vorher angeboten wurde. Mit der Agnatentutel fiel dieser Sonderfall fort.

(adversus hostem — d. h. peregrinum — aeterna auctoritas esto) und bezog sich andererseits nur auf die Gegenstände, an denen ein quiritarisches Eigentum möglich war, also vor allem nicht auf die in den Provinzen belegenen Grundstücke (G. 2, 46), an denen wegen des dem Staat zugesprochenen Eigentums (S. 83[3]) nur ein Besitzrechtsverhältnis anerkannt wurde. Die hiernach bestehenden Lücken ergänzten die Prätoren und die praesides provinciae durch Ausbildung des Instituts des longi temporis praescriptio. Wer 10 Jahre („inter praesentes") oder 20 Jahre („inter absentes") — je nachdem der Gegner in derselben oder in einer anderen Provinz wohnte als der Ersitzende — ruhig und redlich eine Sache besessen hatte, wurde im Wege der Rechtsprechung durch eine Einrede — die man wegen des ihr in der Formel zugewiesenen Platzes als praescriptio bezeichnete — gegen die rei vindicatio des bisherigen Eigentümers geschützt. Die longi temporis praescriptio war also zunächst eine Art der Anspruchsverjährung. Erst später erhielt der Präskribent beim Besitzverlust eine utilis rei vindicatio (D. 12. 2, 13, 1; C. 7, 39, 8, pr.). Der Besitzer erhielt also eine ähnliche Rechtsstellung wie der bonitarische Eigentümer (S. 713).

3. Im Jahre 531 verschmolz Justinian in C. 7, 31, un. (De usucapione transformanda et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi) die civilrechtliche usucapio und die amtsrechtliche longi temporis praescriptio zu einem einheitlichen Ersitzungsinstitut[7]).

---

[7]) Die wesentlichsten Abweichungen der usucapio von der longi temporis praescriptio waren bis dahin:

a. Die usucapio stand nur römischen Bürgern, die l. t. pr. auch Peregrinen zu; seit der lex Antoniniana (S. 213) war dieser Unterschied hinfällig.

b. An Provinzialgrundstücken war nur l. t. pr. möglich, soweit sie nicht des ius Italicum teilhaftig waren (S. 83[3]).

c. Die usucapio vollzog sich (je nach dem Gegenstand) in 1 oder 2 Jahren, die l. t. pr. (je nach dem Wohnort der Beteiligten) in 10 bis 20 Jahren.

d. Die accessio possessionis (S. 753) kam bei der usucapio außer dem Erben nur dem Käufer, die l. t. pr. jedem Singularsuccessor zugute.

c. Erfordernisse der Ersitzung.

Die Erfordernisse der Ersitzung pflegt man in den Hexameter zusammenzufassen:

res habilis, titulus, fides, possessio, tempus.

1. Res habilis (Ersitzungsfähigkeit).

Die Ersitzung bezieht sich nur auf körperliche Sachen und ideelle Anteile an solchen (D. 41, 2, 26; 41, 4, 4); Rechte und Sachgesamtheiten als solche können nicht besessen und daher auch nicht ersessen werden[8]). Aber auch von den körperlichen Sachen sind bestimmte Gattungen der Ersitzung entzogen. Ersitzungsunfähig sind:

α. die res extra commercium (D. 41, 3, 9, S. 253);

β. die einem gesetzlichen Veräußerungsverbot (S. 312) unterliegenden Sachen[9]);

---

e. Gegen Minderjährige war die usucapio, nicht aber die l. t. pr. zulässig (S. 754[20]).

f. Durch Anstellung (litis contestatio) der rei vindicatio wurde die l. t. pr., nicht aber die usucapio unterbrochen (S. 755[21]).

g. Durch die usucapio wurde die Sache mit den bisherigen Rechten, z.B. den Pfandrechten, belastet ersessen; die l. t. pr. verschaffte lastenfreies Eigentum (S. 755[22]).

Nicht alle diese Verschiedenheiten sind nun in der just. Gesetzgebung ausgeglichen. Die Kompilatoren haben vielmehr Quellenstellen aufgenommen, die einander widersprechen, weil sie sich teils auf die alte usucapio teils auf die alte l. t. pr. bezogen. Die Glosse (S. 150) lehrte für solche Fälle, daß für Mobilien die Grundsätze der usucapio, für Immobilien die Grundsätze der l. t. pr. anzuwenden sein. Da Justinian aber sicherlich beabsichtigte, ein einheitliches Ersitzungsinstitut zu schaffen, ist diese Unterscheidung zu verwerfen und bei Widersprüchen in den Quellen diejenige Rechtsnorm einheitlich anzuwenden, die dem Wesen und Zweck des Instituts am besten entspricht.

[8]) Über die Ersitzung des tignum iunctum vgl. S. 752[18], über die Servitutenersitzung unten § 137 c, über die usucapio pro herede S. 744[6].

[9]) D. 50, 16, 28: „Alienationis" verbum etiam usucapionem continet: vix est enim, ut non videatur alienare qui patitur usucapi. Hiernach gilt aber als Veräußerung nur diejenige Ersitzung, die auf absichtlicher Zulassung beruht.

γ. die res furtivae nach den 12 Tafeln und einer lex Atinia (197 v. Chr., quod subreptiva est, eius rei aeterna auctoritas esto, I. 2, 6, 2 und 7), res vi possessae nach der lex Iulia et Plautia (90 v. Chr., G. 2, 49 ff., D. 41, 3, 33, 2), die entgegen der lex Iulia repetundarum (S. 178) einem praeses provinciae als Geschenk gegebenen Sachen (D. 48, 11, 8, pr.); alle diese Sachen bleiben auch in der Hand eines gutgläubigen Erwerbers solange ersitzungsunfähig, bis sie in die Hand des Eigentümers (nicht bloß des Bestohlenen) zurückkehren, erst dann „vitium rei purgatur“ (D. 41, 3, 4, 6 ff.);[10])

δ. nach den 12 Tafeln das forum (oder vestibulum, Zugang) und das bustum (Verbrennungsplatz) einer Grabstätte[11]); ferner die quinque pedes, d. h. der Grenzrain (S. 728, der Grenzrain unterliegt aber der außerordentlichen Ersitzung, C. 3, 39, 6);

ε. res fiscales, bona vacantia (unten § 159 a 4 βb) jedoch erst, wenn der Fiskus die Absicht, sie sich anzueignen, kundgegeben hat (D. 41, 3, 18), ferner Sachen des Regenten (C. 7, 38, 1 und 2), Grundstücke der Kirchen und milden Stiftungen (Nov. 111, 1 und 131, 6).[12])

---

[10]) I. 2, 6, 3: „Quod autem dictum est furtivarum et vi possessarum rerum usucapionem per legem prohibitam esse, non eo pertinet, ut ne ipse fur quive per vim possidet usucapere possit: nam his alia ratione usucapio non competit, quia scilicet mala fide possident: sed ne ullus alius, quamvis ab eis bona fide emerit vel ex alia causa acceperit, usucapiendi ius habeat. unde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonae fidei possessori usucapio competat. nam qui alienam rem vendidit vel ex alia causa tradidit, furtum eius committit. Dagegen erlangt der bonae fidei possessor einer res furtiva die von ihm getrennten Früchte (D. 41, 3, 4, 19), sowie die bei ihm konzipierten Sklavenkinder und Tierjungen; doch war letzteres streitig.

[11]) Der locus religiosus (S. 254) ist zwar schon als res extra commercium der Ersitzung entzogen; dazu gehört aber nur der von dem Leichnam eingenommene Platz.

[12]) Nach BGB. sind abgesehen von den res extra commercium alle beweglichen Sachen (S. 743[4]) ersitzbar.

2. Titulus.

α. Die Ersitzung kann sich nur vollziehen, wenn der Ersitzende seinen Besitz auf einen Erwerbstitel zu stützen in der Lage ist, d. h. auf einen äußeren Vorgang, der den Erwerb seines Eigenbesitzes (unten S. 751) als rechtmäßig erscheinen läßt. Solche Titel sind vor allem die verschiedenen auf Eigentumserwerb gerichteten Rechtsgeschäfte; zB. titulus pro emptore (D. 41, 4, C. 7, 26), pro donato (D. 41, 6, C. 7, 27), pro dote (D. 41, 9, C. 7, 28), pro legato (D. 41, 8), pro soluto (D. 41, 3, 46 ff.), pro transactione (C. 7, 26, 8). Sonstige Titel sind:

a. pro herede (D. 41, 5). Nach Beseitigung der usucapio improba ac lucrativa (S. 744[6]) kommt eine usucapio pro herede nur vor, wenn ein Nichterbe aus entschuldbarem Irrtum sich für den Erben hält (D. 41, 3, 33, 1) oder wenn der Erbe eine im Nachlasse vorgefundene fremde Sache als zum Nachlasse gehörig ansieht (D. 41, 5, 3);

b. pro derelicto (D. 41, 7). Wenn jemand die vom Nichteigentümer derelinquierte Sache okkupiert, dann erwirbt er nicht sogleich deren Eigentum, da sie ja in Wahrheit nicht herrenlos ist, kann sie aber ersitzen;

c. pro suo (D. 41, 10). Unter diesen Titel werden die nicht besonders benannten Erwerbsgründe gebracht, zB. der Fruchterwerb.

β. Wer keinen Besitztitel hat, besitzt lediglich „pro possessore“ (S. 677[8]) und kann nicht ersitzen. Ihm wurde anfänglich derjenige völlig gleichgestellt, der zwar entschuldbar glaubt, einen Besitztitel zu haben, dessen Titel aber in Wahrheit ungültig ist. Später aber erkannte man auch solche Erwerbsgründe als genügend an, bei denen der Ersitzende auf Grund tatsächlicher Vorgänge entschuldbar einen ungültigen Besitztitel als gültig erachtet hatte (sog. Putativtitel).[13])

[13]) Das darf aber nicht soweit gehen, jede gutgläubige Inbesitznahme einer Sache als hinreichende Grundlage der Ersitzung aufzufassen; denn damit wäre das Erfordernis des Titels überhaupt beseitigt. So

3. Fides.

α. Außer dem (objektiven) Erfordernis eines Erwerbstitels bedarf es zur Ersitzung ferner eines subjektiven Moments, nämlich der bona fides, d. h. der Nichtkenntnis des Erwerbers von dem seinen sofortigen Eigentumserwerb hindernden Mangel, zB. die Unkenntnis davon, daß der Verkäufer nicht der Eigentümer der erkauften Sache ist. Den Beweis des schlechten Glaubens des Erwerbers hat der Gegner zu führen (C. 8, 44, 30); der gute Glaube wird also vermutet („quivis praesumitur bonus"; ebenso BGB. § 937 Abs. 2).[14])

β. Der gute Glaube (nämlich der Glaube an die Rechtmäßigkeit des Besitzes) muß im Augenblicke des Besitzerwerbes vorhanden sein. Nur beim Kauf muß er außerdem auch schon zur Zeit des Kaufschlusses vorhanden gewesen sein[15]). Dagegen wird nach rR. die in gutem Glauben be-

ist es in der Tat nach BGB. Nach rR. muß aber mindestens durch Tatsachen das äußere Ansehen eines Erwerbstitels geschaffen sein; vgl. D. 41, 3, 17: Si per errorem de alienis fundis quasi de communibus iudicio communi dividundo accepto ex adiudicatione possidere coeperim, longo tempore capere possum. Ein hinreichender Putativtitel ist zB. der Kauf von einem als geschäftsfähig betrachteten Wahnsinnigen (D. 41, 4, 2, 16), die Aushändigung einer Sache als Legat durch den Erben (D. 41, 8, 9 und 41, 10, 4, 2), die Inbesitznahme in der Meinung, daß der erteilte Auftrag zum Kauf der Sache ausgeführt ist (D. 41, 4, 11).

[14]) Dies Erfordernis des guten Glaubens gilt auch für das BGB. Nach §§ 937 Abs. 2, 932 Abs. 2 kann nicht ersitzen, wem es bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß ihm das Eigentum nicht zusteht.

Nach rR. wird als guter Glaube nur die auf entschuldbarem Irrtum beruhende Unkenntnis betrachtet; wer aus Rechtsirrtum seinen Besitz für rechtmäßig hält, gilt daher (S. 294) nicht als gutgläubig (vgl. D. 41, 4, 2, 15, S. 743[8], und D. 41, 3, 31, pr.).

Mit der bona fides als Ersitzungserfordernis ist übrigens die besonders für das Schuldrecht wichtige bona fides im Sinn von Treu und Glauben (S. 392) nicht zu verwechseln.

[15]) D. 41, 4, 2, pr.: et bona fide emisse debet et possessionem bona fide adeptus esse. Ersitzen kann also nicht, wer wissentlich eine fremde Sache kauft, auch wenn er der Versicherung des Veräußerers bei der Übergabe, er habe inzwischen das Eigentum erworben, vertraut; anders nach BGB.

gonnene Ersitzung nicht verhindert durch die spätere Kenntnisnahme von der Unrechtmäßigkeit des Besitzes (mala fides superveniens non nocet).[16])

γ. Beim Besitzerwerb durch Stellvertreter erlangt der Vertretene den Usukapionsbesitz (anders als den Interdiktenbesitz, S. 686[24]) erst mit Kenntnis des Erwerbs und es kommt daher auf seinen guten Glauben in diesem Augenblick an. Nur beim Erwerbe von Hausuntergebenen ex causa peculiari wird der Usukapionsbesitz sofort erlangt und der Glaube des Vertreters ist entscheidend (D. 41, 4, 2, 10 ff.; vgl. BGB. § 166, S. 342[6]).

4. Possessio.

α. Der zur Ersitzung erforderliche Besitz bedeutet juristischen und zwar Eigenbesitz (S. 674, vgl. BGB. § 937). Daher ersitzt nicht der Pfandgläubiger (D. 41, 3, 13, pr.), Prekarist (D. 43, 26, 15, 4) oder Sequester (D. 41, 2, 39), da sie nicht den Willen haben, als Eigentümer (pro suo) zu besitzen, ebensowenig ein bloßer Detentor[17]). In einzelnen Fällen wird jedoch eine laufende Ersitzung fortgesetzt und vollendet, auch wenn der Ersitzende den juristischen Besitz aufgibt, nämlich:

a. in den Fällen abgeleiteten Besitzes, besonders wenn die zu ersitzende Sache zu Pfand oder Prekarium fort-

---

[16]) Dagegen muß nach kanonischem Recht (X. 2, 26, 20, S. 361[1]) und BGB. § 937 Abs. 2 der Ersitzende bis zur Vollendung der Ersitzung gutgläubig sein (also: mala fides superveniens nocet).

[17]) An sich müßte der Ersitzende beweisen, daß er während der ganzen Ersitzungszeit den Eigenbesitz gehabt hatte. In der gemeinr. Praxis wurde, dem Satze „Veränderungen werden nicht vermutet" (S. 268) entsprechend, der Beweis des dauernden Besitzes als geführt erachtet, wenn der Besitz zu zwei verschiedenen, durch die Ersitzungszeit getrennten Zeitpunkten erwiesen war (olim possessor, hodie possessor, semper possessor). Diese bloß tatsächliche Vermutung ist in BGB. § 938 zu einer Rechtsvermutung (CPO. § 292) erhoben; d. h. der Richter ist nicht, wie nach Gem. R., bloß berechtigt, sondern auch verpflichtet, den Beweis des Besitzes der Zwischenzeit als geführt anzusehen, wenn der bisherige Eigentümer nicht eine Unterbrechung beweist.

gegeben wird, solange der Pfandgläubiger oder Prekarist im Besitze bleibt (D. 41, 3, 16: qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet, quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit possidet; ebenso D. 41, 2, 1, 15; vgl. S. 675);

b. wenn jemand Baumaterialien, die er im Ersitzungsbesitze hat, in sein Haus verbaut, wodurch er den besonderen Besitz an ihnen verliert (D. 41, 3, 30, 1, oben S. 689);

c. während der hereditas iacens (D. 41, 3, 40: Coeptam usucapionem a defuncto posse et ante aditam hereditatem impleri constitutum est; vgl. BGB. § 944).

β. Was nicht besessen wird, kann nicht ersessen werden (S. 679); daher wird nicht ein Sachinbegriff (S. 243) als solcher ersessen, sondern die Ersitzungsvoraussetzungen sind für jede einzelne Sache nachzuweisen, ebensowenig werden Sachbestandteile als solche durch Ersitzung der Sache selbst ersessen[18]).

5. Tempus.

α. Beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen (1—4) vollendet sich die Ersitzung nach just. R. (C. 7, 31, un.) durch Ablauf:

a. von 3 Jahren bei Mobilien;

b. von 10 oder 20 Jahren bei Immobilien. Die Dauer dieser Ersitzung richtet sich danach, ob beide Beteiligte die Ersitzungszeit hindurch in der gleichen Provinz (vor Justinian derselben civitas, nach Gem. R. im gleichen Oberlandesgerichtsbezirk) wohnen (usucapio inter praesentes) oder nicht (inter absentes). Im ersteren Falle beträgt die Ersitzungszeit 10, im letzteren 20 Jahre. Wohnten die Beteiligten

---

[18]) Hat also jemand mit fremdem Material auf seinem Grundstück ein Gebäude errichtet, und wird dieses von einem Anderen ersessen, so kann beim Abbruch des Gebäudes der ursprüngliche Eigentümer des Baumaterials dieses vindizieren (D. 6, 1, 23, 7; 41, 1, 7, 11). Manche erblicken in dieser Vorschrift freilich nur eine Folge des Satzes, daß wegen der Unmöglichkeit der Vindikation eingebauten Materials (S. 758) dessen Ersitzung bis zur Loslösung ruht (S. 754).

zeitweilig in derselben Provinz, zeitweilig in verschiedenen Provinzen, so wird die letztere Zeit bei der Berechnung der zehnjährigen Frist nur zur Hälfte angerechnet[19]). Mit dem Anfang des letzten Tages der gesetzlichen Frist vollendet sich die Ersitzung (D. 44, 3, 15, pr.; anders BGB. § 188, S. 355).

β. Tritt während der Ersitzungszeit eine Rechtsnachfolge ein, so kommt die Ersitzungszeit des bisherigen Besitzers dem anderen Besitzer zu Gute.

a. Im Falle der Universalsuccession, insbesondere also bei Erbgang, tritt der Gesamtnachfolger völlig in die condicio usucapiendi des Vorgängers ein (sog. successio in usucapionem). Hat der Erblasser also gutgläubig zu ersitzen angefangen, so wird die Ersitzung (nach rR., S. 751[16]) selbst dann vom Erben — auch während der hereditas iacens, D. 41, 3, 31, 5, S. 752 — fortgesetzt, wenn dieser beim Erwerb der Erbschaft nicht gutgläubig ist (D. 41, 3, 43, pr.; 41, 4, 2, 19). Umgekehrt kann aber auch der gutgläubige Erbe nicht zu ersitzen anfangen, wenn der Erblasser bösgläubig war (D. 44, 3, 11).

b. Im Falle der Singularsuccession dagegen findet bloße Anrechnung der Besitzzeit des Vorgängers statt (sog. accessio possessionis, zB. kommt dem Legatar auch die Besitzzeit des Erben zu Gute, D. 41, 2, 13, 10), während es für die sonstigen Ersitzungsvoraussetzungen auf den jedesmaligen Erwerbsfall ankommt (D. 41, 4, 2, 17). Verkauft also ein im Ersitzungsbesitze Befindlicher die Sache, so muß (auch nach rR.) der Käufer selbst gutgläubig sein (ebenso BGB. §§ 943, 944). Die accessio possessionis ist erst durch Justinian verallgemeinert worden (S. 746[7]).

---

[19]) Nov. 119, 8. Unerheblich ist die Lage des Grundstücks. Lebten also Eigentümer und Ersitzender 6 Jahre in derselben Provinz, so vollendet sich die Ersitzung erst in 14 Jahren. Wegen der längeren Fristen der Immobilienersitzung heißt diese in der just. Gesetzgebung diutina possessio, longo tempore capio, die Mobilienersitzung wird dagegen nunmehr als usucapio bezeichnet (zB. I. 2, 6, 12). Nach BGB. § 937 beträgt die Ersitzungszeit für die (allein in Betracht kommende, S. 743[4]) Mobilienersitzung durchgängig 10 Jahre.

γ. Ausnahmsweise vollendet sich die Ersitzung nicht in der regelmäßigen Ersitzungszeit. Es kann nämlich (wie bei der Verjährung, S. 365) eine Hemmung der Ersitzung mit der Wirkung eintreten, daß sie während der Dauer des Hemmungsgrundes entweder nicht zu laufen beginnt oder ruht, aber nach Beseitigung des Hindernisses fortläuft (usucapio dormies s. quiescens). Es kann ferner eine Unterbrechung (usurpatio — von usum rapere — usucapionis, D. 41, 3, 2) der Ersitzung eintreten, mit der Wirkung, daß die Ersitzung nach Beendigung der Unterbrechung völlig von neuem beginnen muß, sodaß die bisher abgelaufene Frist nicht rechnet und die Voraussetzungen der Ersitzung, besonders die Gutgläubigkeit im Augenblicke der neu beginnenden Ersitzung vorhanden sein müssen.

a. Die Ersitzung ruht, d. h. sie kann nicht beginnen und, falls sie begonnen hat, nicht fortgesetzt werden, solange die Verjährung des Eigentumsanspruchs gehemmt ist (S. 365, vgl. BGB. § 939), wie während der Minderjährigkeit des Eigentümers[20]), während der Inventarfrist des Benefizialerben (C. 6, 30, 22, 11) und im Falle des Einbauens fremden Materials (D. 41, 1, 7, 11, S. 752[18]).

b. Die Ersitzung wird unterbrochen:

1) durch Besitzverlust (usurpatio naturalis, D. 41, 3, 5, vgl. BGB. § 940);

---

[20]) Die alte usucapio lief selbst gegen impuberes, wenn auch mit Restitutionsmöglichkeit (D. 27, 5, 2, C. 2, 35, 1); bei der longi temp. pr. dagegen wurde die Zeit der Minderjährigkeit des Besitzers nicht angerechnet (C. 7, 35, 2). Beide Gruppen von Vorschriften sind in die just. Kompilation aufgenommen, sodaß es zweifelhaft ist, was als just. R. anzusehen ist. Der in C. 2, 40, 5 zum Ausdrucke gelangten Absicht Justinians, die Minderjährigen gegen Verluste zu schützen (in omnibus casibus in quibus vetera iura currere quidem temporales praescriptiones adversus minores concesserunt, per in integrum autem restitutionem eis subveniebant, eas ipso iure non currere), entspricht es besser, die Grundsätze der longi temporis praescriptio anzuwenden.

Die Ersitzung läuft auch nicht in Ansehung des adventicium regulare der Hauskinder (C. 6, 60, 1, 2; 6, 61, 4, 3; vgl. unten § 152 b 2) und gegen eine Frau hinsichtlich der Dotalsachen erst von dem Augenblick an, in welchem die dos an sie fällt (C. 5, 12, 30; unten § 148 b 2).

2) durch Anstellung der rei vindicatio (heute sog. usurpatio civilis) durch den Eigentümer, der bei Unmöglichkeit der Klageerhebung (zB. wegen Abwesenheit des Ersitzenden) gerichtliche Protestation gleichsteht (C. 7, 40, 2).[21])

d. Wirkung der Ersitzung.

Durch die Ersitzung erwirbt der Ersitzende ursprüngliches Eigentum. Es erlöschen also auch die an der Sache bestehenden dinglichen Rechte dritter[22]).

---

[21]) Vor Justinian wurde die usucapio — abgesehen vom Besitzverlust — nur durch eine symbolische Besitzstörungshandlung (surculo defringendo, Abbrechen eines Zweiges) unterbrochen, nicht aber durch die Anstellung der rei vindicatio. Diese hatte vielmehr nur die (relative) Wirkung, daß sich der Beklagte dem Kläger gegenüber auf eine nach der Litiskontestation eingetretene Ersitzung nicht berufen konnte, da für das Verhältnis zwischen den Parteien überhaupt der Zeitpunkt der Litiskontestation maßgebend ist (S. 403). Dagegen wurde die longi temporis praescriptio, da sie aus einer Klageverjährung erwachsen war, durch Klageerhebung völlig unterbrochen, also auch dann, wenn es zu keinem Urteil kam oder der Kläger aus formellen Gründen (zB. wegen Unzuständigkeit des Gerichts) abgewiesen wurde (C. 7, 33, 1). Da nun Justinian trotz der Verschmelzung beider Ersitzungsinstitute die auf beide bezüglichen Bestimmungen in die Kompilation aufgenommen hat, ist streitig, ob nach justin. R. die Grundsätze der usucapio oder die der l. t. pr. anzuwenden seien (S. 747[7]). Da schon eine Protestation zur völligen Unterbrechung der Ersitzung genügte, ist der Klageerhebung die gleiche Kraft zuzusprechen, freilich nur, wenn sie vom Eigentümer, nicht wenn sie von einem Nichtberechtigten ausgeht. Wird der Kläger also wegen mangelnden Eigentums abgewiesen, so gilt die Unterbrechung als nicht erfolgt; wird dagegen der klagende Eigentümer aus formellen Gründen („angebrachter Maßen", zB. wegen Unzuständigkeit des angegangenen Gerichts) abgewiesen, so tritt Unterbrechung ein. Kommt es auf die Klage des Eigentümers zu keinem Urteil, bleibt der Prozeß also liegen, so beginnt zwar eine neue Ersitzung; diese erfordert aber 40 Jahre (Verjährung des Litispendenz, S. 410[9]).

[22]) Auch hier bestand eine — in der Kompilation nicht ausgeglichene — Verschiedenheit zwischen usucapio und longi temporis praescriptio. Bei der usucapio blieben dingliche Rechte dritter unberührt (D. 41, 3, 44, 5; 20, 1, 1, 2), bei der l. t. pr. gingen sie, falls der Ersitzende sie nicht kannte, unter (C. 7, 36, 1 und 2). Die letztere Anschauung scheint dem Zwecke des Ersitzungsinstituts besser zu entsprechen (ebenso BGB. § 945).

e. Außerordentliche Ersitzung.

Ist die (30- oder 40jährige, S. 364) Verjährung der rei vindicatio eingetreten, so erlangt der Besitzer dadurch, wenn nicht inzwischen Ersitzung erfolgt ist, nur eine Einrede gegen den Eigentumsanspruch des Eigentümers, nicht aber eine dingliche Klage im Falle des Besitzverlustes. Durch C. 7, 39, 8, 1 (528 n. Chr.) gewährte jedoch Justinian dem gutgläubigen Besitzer nach Ablauf der Verjährungsfrist der rei vindicatio auch eine actio in rem und schuf somit eine heute als außerordentliche Ersitzung (longissimi temporis praescriptio) bezeichnete besondere Ersitzungsart (in den Quellen praescriptio XXX vel XL annorum). Diese unterscheidet sich von der ordentlichen Ersitzung in folgenden Punkten:

1. Sie bedarf keines Titels.

2. Sie vollendet sich erst in 30, und wenn es sich um Sachen des Kaisers, seiner Gemahlin, des Fiskus, der Kirchen oder milden Stiftungen handelt, erst in 40 Jahren und zwar — da sie ihrem Wesen nach Klageverjährung ist — erst mit Ablauf des letzten Tages (S. 355).

3. Sie ergreift auch die der ordentlichen Ersitzung entzogenen Sachen[23]). Ausgenommen sind — abgesehen von den res extra commercium — Dotalsachen, Sachen der Minderjährigen und die bona adventicia regularia der Hauskinder, da bei diesen auch keine Verjährung der Eigentumsklage stattfindet (S. 366).[24])

---

[23]) Also insbesondere die res furtivae; gemeinrechtlich wurde jedoch auf Grund von Art. 209 der Peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (D. § 54 f) gestohlenen Sachen als auch der außerordentlichen Ersitzung entzogen angesehen.

Streitig ist, ob die — auch bei der außerordentlichen Ersitzung erforderliche — bona fides im Gegensatze zur ordentlichen Ersitzung (S. 750[14]) — auch dann vorhanden ist, wenn der Ersitzende grob fahrlässig handelt, zB. sich in einem Rechtsirrtum befindet.

[24]) Das BGB. kennt nur eine Art der Ersitzung, die aber, da das BGB. weder Ersitzungstauglichkeit der Sache (S. 748[12]) noch einen besonderen Titel (S. 749[13]) verlangt, der außerordentlichen Ersitzung des rR. entspricht.

§ 125. Verbindung. Vermischung. Verarbeitung.

a. Verbindung (accessio).

Wird eine Sache (als „Nebensache", S. 246) unter Aufhebung ihrer Selbständigkeit einer anderen (der Hauptsache) eingefügt oder mit ihr verbunden, so tritt eine Änderung der Eigentumsverhältnisse ein, da Eigentum nur an selbständigen Sachen, nicht an Bestandteilen denkbar ist (S. 242). Hierbei ist zu unterscheiden:

1. Verbindung beweglicher Sachen mit unbeweglichen.

Wird eine bewegliche Sache mit einer unbeweglichen dauernd (mechanisch, unten α oder organisch, unten β, γ) verbunden, so fällt sie, da sie hierdurch zu einem Bestandteil des Grundstücks wird, rechtsnotwendig in das Eigentum des Grundstückseigentümers, gleichgültig, ob die Verbindung absichtlich oder zufällig und durch wen sie erfolgte. Als Hauptsache gilt also stets das Grundstück.

α. Inaedificatio.

Im Falle des Erbauens eines Gebäudes auf fremdem Grund und Boden gilt unbedingt der Satz: superficies (hier = Bauwerk) solo cedit (D. 46, 3, 98, 8, ebenso BGB. § 946). Der Grundstückseigentümer wird sofort und in jedem Falle auch Eigentümer des darauf errichteten Bauwerks, sofern es nicht nur vorübergehenden Zwecken (D. 41, 1, 60) dient[1]). Der Grundstückseigentümer wird jedoch nicht ohne weiteres Eigentümer der für ein auf dem Grundstück errichtetes Gebäude verwendeten fremden Baumaterialien. Vielmehr gilt hierfür schon seit den 12 Tafeln Sonderrecht (D. 41, 1, 7, 10). Zwar soll der Eigentümer

---

[1]) Ähnlich BGB. § 95. Besonderes gilt für einen die Grenze überschreitenden Überbau, S. 726.

Das von einem Mieter, Pächter oder Besitzer Eingebaute unterliegt dem Wegnahmerecht (ius tollendi); vgl. S. 576 und unten § 129 e 1 α. Über den Entschädigungsanspruch in sonstigen Fällen vgl. S. 763.

des verbauten Materials (tignum aedibus vel vineis iunctum, D. 47, 3, 1, S. 242[6]) während des Bestehens des Baues keinenfalls eine rei vindicatio oder actio ad exhibendum anstellen und somit die Zerstörung des Gebäudes herbeiführen dürfen, vielmehr nur einen obligatorischen Anspruch auf den doppelten Wert haben (actio de tigno iuncto, S. 646[2]); aber in den Eigentumsverhältnissen wird durch das Einbauen nichts geändert, das Eigentum „ruht" nur (dominium dormiens, D. 41, 1, 7, 10, S. 715), und auch durch die Bezahlung des duplum wird nur der gutgläubige Verbauer Eigentümer, während dem schlechtgläubigen gegenüber trotz der Zahlung die rei vindicatio nach Auflösung des Baues zulässig ist (D. 6, 1, 23, 6). Über die Unverjährbarkeit dieses Anspruchs vgl. S. 365, über die Unersitzbarkeit des tignum iunctum vgl. S. 752[18].

β. Satio et implantatio.

Wird ein Grundstück mit fremdem Samen bestellt, so wird dieser sofort Eigentum des Grundstückseigentümers (D. 41, 1, 9, pr.); wird es mit fremden Pflanzen bepflanzt, so tritt der Eigentumswechsel ein, sobald die Pflanzen Wurzel getrieben haben (D. 41, 1, 26, 1; vgl. BGB. § 94 Abs. 1 S. 2).[1a])

γ. Erwerb nach Uferrecht.

a. Die alluvio d. h. die allmähliche Anschwemmung fällt ohne weiteres, die avulsio dagegen, d. h. das von einem Ufergrundstücke losgerissene und an ein anderes angetriebene Stück Land erst mit dem Zusammenwachsen (si arbores quas secum traxerit in eum fundum radīces egerint, I. 2, 1, 21) in das Eigentum des Ufereigentümers. Der alveus derelictus (das Flußbett eines öffentlichen

---

[1a]) Bei erneuter Trennung lebt das frühere Eigentum nicht auf; D. 41, 1, 26, 1: (arbor), si rursus eruta sit, non ad priorem dominum revertitur: nam credibile est alio terrae alimento aliam factam. Der durch die Verpflanzung Geschädigte hat einen persönlichen Ausgleichungsanspruch (S. 763); die römischen Juristen geben ihm aber, falls der Erwerber ihn nicht entschädigt, auch eine utilis rei vindicatio (D. 6, 1, 5, 3, unten § 129[5]).

Flusses, der seinen Lauf dauernd geändert hat, nicht zu verwechseln mit der bloßen inundatio, D. 41, 1, 7, 6) und die insula in flumine nata (die durch Emporheben des Flußbettes oder Sinken des Wasserspiegels in einem öffentlichen Flusse gebildete Insel) fallen an die Uferanlieger[2]).

b. Alluvio und avulsio gelten als bloße Vergrößerungen der Grundstücke, denen sie zuwachsen, alveus derelictus und insula nata als selbständige Grundstücke, die daher zB. einem Nießbrauch, dem das Hauptgrundstück untersteht, nicht ohne weiteres unterfallen (D. 7, 1, 9, 4).

c. Die vier Uferacceſſionen gelten nicht für die hinsichtlich ihrer Grenzen amtlich festbestimmten agri limitati, sondern nur für agri arcifinii, bei denen der Fluß die Grenze bildet, D. 41, 1, 16; 43, 12, 1, 6 (S. 81[1]).[3])

2. Verbindung beweglicher Sachen miteinander (adiunctio).

Bei der Verbindung einer Immobilie mit einer Mobilie gilt die erstere stets als Hauptsache. Damit erledigt sich sehr einfach die Frage, wem das Eigentum an der verbundenen Sache zusteht. Bei der Verbindung von Mobilien dagegen fehlt es an einem stets entscheidenden Umstand. Mangels einer — in erster Linie in Betracht kommenden — Vereinbarung der Beteiligten ist alsdann zu unterscheiden:

α. Eine der verbundenen Sachen gilt als Hauptsache: dann erhält ihr Eigentümer das Eigentum an der zusammengesetzten Sache (res accessoria sequitur rem principalem; BGB. § 947 Abs. 2).

---

[2]) I. 2, 1, 20 ff., D. 41, 1, 7, 1 ff. Über die Art der Verteilung an die einzelnen in Betracht kommenden Ufereigentümer herrscht Streit. Für den Fall, daß der Fluß zwischen parallelen Ufern fließt, ist die Teilung in der Weise zu bewirken, daß in der Mitte des Flusses eine Linie parallel den Ufern gezogen wird, auf welche von den Grenzpunkten der Ufergrundstücke Senkrechte gefällt werden. Ist diese reelle (D. 41, 1, 29) Teilung nicht in dieser Weise zu bewirken, zB. wenn der Fluß eine Ausbuchtung hat, so fällt jeder Teil des alveus derelictus und der insula nata dem nächstbelegenen Ufergrundstücke zu. Zu Grunde gelegt wird dabei der höchste Wasserstand (D. 50, 16, 112).

[3]) Das BGB. (EG. Art. 65) überläßt den Erwerb nach Uferrecht dem Landesrecht.

Welche der verbundenen Sachen als die Hauptsache anzusehen ist, ergibt sich aus ihrer wirtschaftlichen Bedeutung für die zusammengesetzte Sache (D. 34, 2, 29, 1). In den Quellen wird zB. beim Einweben von Fäden (textura I. 2, 1, 26) und beim Schreiben (scriptura, I. 2, 1, 33, litterae licet aureae sint, D. 41, 1, 9, 1) ohne Rücksicht auf den Wert der Stoff als die Hauptsache angesehen, während ein hinsichtlich des Malens (pictura) bestehender Streit von Justinian dahin entschieden wurde, daß die Malerei die Hauptsache sei[4]). Beim Färben gilt die Wolle (D. 41, 1, 26, 2), beim Schiff der Kiel (D. 6, 1, 61), beim Ring der Reif (D. 10, 4, 6) als Hauptsache.

Für die rechtlichen Schicksale der einer Hauptsache eingefügten Nebensache ist noch die Art der Verbindung von Bedeutung. Erfolgt diese so innig und unlöslich, daß die zusammengesetzte Sache als Einheitssache erscheint (so besonders durch ferruminatio, Anschweißen, was die Römer nur für Eisen verstanden), so verbleibt das Eigentum der verbundenen Sache auch dann dem Eigentümer der Hauptsache, wenn die Verbindung wieder gelöst wird. Hat dagegen nur eine äußerliche, leicht lösliche Verbindung stattgefunden (so zB. beim Anfügen eines Armes an eine Statue, eines Henkels an ein Metallgefäß nicht im Metall der verbundenen Sachen, sondern durch einfache Bleilötung, sog. adplumbatio), so lebt im Falle der Trennung, die durch

---

[4]) Paulus stellt in D. 6, 1, 23, 3 das Malen dem Schreiben gleich; übereinstimmend mit Gajus (D. 41, 1, 9, 2) entscheidet dagegen Justinian in I. 2, 1, 34: nobis videtur melius esse tabulam picturae cedere: ridiculum est enim picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere. Über die utilis rei vindicatio des Eigentümers der bemalten Tafel vgl. D. 41, 1, 9, 2 und unten § 129[4].

Nach BGB. § 950 gilt Schreiben, Malen usw. als Spezifikation (S. 762). Mit der hier behandelten Frage, wer das Eigentum an der stofflichen Unterlage eines Schrift- oder Kunstwerks erhält, nicht zu verwechseln ist die Frage, wem das Urheberrecht an letzterem zusteht, d. h. das ausschließliche Recht mechanischer Vervielfältigung. Das rR. schützte den „Autor" in keiner Beziehung, obgleich die fabrikmäßige Vervielfältigung von Schriftwerken auch schon in Rom üblich war.

actio ad exhibendum erzwungen werden kann (S. 646), das frühere Eigentum wieder auf[5]).

β. Ist keine der verbundenen Sachen als Hauptsache zu betrachten, so steht die zusammengesetzte Sache im Miteigentum der bisherigen Eigentümer der Bestandteile nach Maßgabe des Werts der letzteren (ebenso BGB. § 947 Abs. 1).

b. Vermischung.

Die Vermischung ist eine Vereinigung mehrerer beweglicher Sachen zu einer einheitlichen. Im Gegensatze zur Verbindung findet hierbei eine wechselseitige Durchdringung (durch Zusammenschütten oder Zusammengießen) statt. Die Vermischung flüssiger oder flüssig gemachter Stoffe pflegt man heute als confusio (nicht zu verwechseln mit der confusio im Sinne vom Zusammenfall von Rechten, S. 508), die Vermischung fester Körper als commixtio zu bezeichnen; in den Quellen werden beide Ausdrücke ohne Unterschied gebraucht.

Bei der Vermischung tritt eine Eigentumsänderung nur ein, wenn die Vermischung untrennbar ist; anderenfalls kann die Vermischung durch actio ad exhibendum wieder beseitigt werden (D. 41, 1, 12, 1). Der Untrennbarkeit steht es jedoch gleich, wenn die Trennung zwar möglich, aber mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden sein würde (ebenso BGB. § 948 Abs. 2), zB. bei der Zusammenschüttung von Getreide oder Kaffeebohnen, beim Zusammengießen von Metallen.

1. Werden flüssige Stoffe untrennbar vermischt (confusio), so entsteht — sofern hierin nicht eine Spezifikation zu erblicken ist (wie bei der Herstellung einer Bowle, vgl. S. 762) an der Gesamtmasse Miteigentum der Beteiligten nach Maßgabe des Werts der vermischten Mengen (I. 2, 1, 27, D. 6, 1, 3, 2 ff.; vgl. BGB. § 948 Abs. 1).

[5]) Vgl. D. 6, 1, 23, 5. Nach manchen geht bei trennbarer Verbindung das Sondereigentum überhaupt nicht unter, vielmehr gilt nur der Eigentümer der Hauptsache, solange die Verbindung besteht, zur Vindikation der Gesamtsache für legitimiert.

2. Werden feste Stoffe miteinander vermengt (commixtio), so tritt — sofern die Vermischung nicht auf einer Vereinbarung der Beteiligten beruht — nach rR. nicht Miteigentum zu ideellen Teilen ein (wie nach BGB. § 948 Abs. 1); vielmehr erhält jeder der bisherigen Eigentümer einen seinem Beitrag entsprechenden reellen Anteil an der Gesamtmasse, den er ohne actio communi dividundo durch actio ad exhibendum und sodann durch rei vindicatio geltend machen kann (I. 2, 1, 28, D. 6, 1, 5, pr.).

Für die ununterscheidbare Vermengung fremder Geldstücke mit eigenen gilt die Besonderheit, daß der Vermengende dabei Eigentümer wird (si mixti nummi essent ita ut discerni non possent), und nur obligatorisch zur Rückerstattung des Wertes verpflichtet ist. Der Geschädigte kann also keine rei vindicatio, sondern nur eine persönliche Klage (condictio sine causa bei unwissentlicher, actio furti bei wissentlicher Vermengung) anstellen (D. 46, 3, 78).

c. Verarbeitung.

1. Verarbeitung (specificatio, vgl. D. 41, 1, 7, 7: ex alia materia speciem aliquam facere) liegt vor, wenn durch Bearbeitung oder Verarbeitung vorhandener Stoffe ein neues Arbeitsprodukt hergestellt wird (BGB. § 950). Wann ein solches und nicht eine bloße Verbindung oder Vermischung vorliegt, läßt sich nur nach der Verkehrsauffassung für den einzelnen Fall entscheiden. Die Römer hielten zB. das Färben (D. 41, 1, 26, 2), Ausdreschen (D. 41, 1, 7, 7, vgl. jedoch I. 2, 1, 25), Beschreiben (D. 41, 1, 9, 1), Bemalen (I. 2, 1, 34) nicht für eine spezifizierende Tätigkeit (vgl. dagegen BGB. § 950), wohl aber das Mahlen des Korns, das Pressen von Oliven und Trauben (I. 2, 1, 25).

2. Über den Eigentumserwerb am Arbeitsprodukt bestand im älteren rR. ein Schulstreit zwischen Sabinianern und Prokulianern. Erstere ließen das Eigentum am Stoffe, letztere die Arbeit entscheiden. Nach der von Justinian angenommenen Mittelmeinung erwirbt der Spezifikant das Eigentum; jedoch behält es der Stoffeigentümer, wenn die Sache in die alte Gestalt zurückgebracht werden kann (wie

bei Metallarbeiten, nicht aber zB. bei Holz- oder Lederarbeiten). Bei Spezifikation aus eigenem und fremdem Materiale fällt das Eigentum stets an den Spezifikanten (I. 2, 1, 25, D. 41, 1, 7, 7).[6])

d. Ausgleichungsanspruch.

Tritt in den Fällen der Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung ein Eigentumswechsel ein, so müssen der bisherige Eigentümer und die ihre Rechte verlierenden dinglichen Berechtigten von demjenigen, dem der Nutzen der Rechtsänderung zufällt, entschädigt werden (D. 6, 1, 23, 4). Der hieraus entstehende persönliche Ausgleichungsanspruch kann sich je nach Lage des Falls als condictio sine causa oder actio furti darstellen (G. 2, 79 i. f.; vgl. BGB. § 951).

§ 126. Fruchterwerb.

a. Fructus stantes et pendentes (S. 251) sind Bestandteile der Hauptsache (fructus pendentes pars fundi videntur, D. 6, 1, 44); ein selbständges Eigentum an ihnen ist vor der Trennung also nicht möglich (S. 252). Das Gleiche gilt von sonstigen Erzeugnissen und Bestandteilen (partus ancillae, Tierjunge, Hühnerei, Baumast, Marmor, Kies).

---

[6]) Nach Paulus (D. 10, 4, 12, 3) hängt der Eigentumserwerb des Spezifikanten davon ab, daß er gutgläubig ist. Gemeinrechtlich wird dies Erfordernis von manchen, als dem Wesen der Spezifikation widersprechend, verworfen, indem davon ausgegangen wird, daß die durch die Spezifikation neu entstehende und zunächst herrenlose Sache dem Spezifikanten durch Okkupation zufällt (vgl. D. 41, 1, 7, 7), wobei es dann allerdings auf den guten Glauben des Spezifikanten nicht ankommen kann. Andere dagegen fassen die Zuweisung des Eigentums an den Spezifikanten als Lohn seiner schaffenden Tätigkeit auf und wollen nur die redliche Arbeit schützen.

Nach BGB. § 950 wird auch der unredliche Spezifikant Eigentümer (vgl. jedoch § 951 Abs. 2). Der Eigentumserwerb tritt aber nicht ein, wenn der Wert der Arbeit erheblich geringer ist, als der des Stoffes.

b. Die von einer Sache getrennten und damit zu selbständigen Sachen werdenden Erzeugnisse fallen grundsätzlich in das Eigentum des Eigentümers der Muttersache, also nicht dessen, der die Trennung (D. 7, 1, 12, 5) oder der die Bestellung vornahm (D. 22, 1, 25, pr.: fructus non iure seminis, sed iure soli percipitur; anders nach deutschem Rechte: „wer säet, der mähet", S. 252). In diesem Falle tritt also kein Eigentumswechsel ein. Unter Umständen ist aber ein Anderer als der Eigentümer der Stammsache zur Fruchtziehung berechtigt und in diesem Falle findet ein Eigentumswechsel statt, für den nach rR. zwei Zeitpunkte in Frage kommen.

1. Schon mit der Loslösung (Separation) von der Muttersache erwerben die Früchte diejenigen Nutzungsberechtigten, die eine eigentumsähnliche Stellung haben: der Emphyteuta (D. 22, 1, 25, 1, unten § 133 c) und der bonae fidei possessor der Muttersache. Der letztere ist jedoch bei Herausgabe der Hauptsache verpflichtet, die bei ihm noch vorhandenen Früchte mit herauszugeben, wogegen er „fructus consumptos suos facit" (§ 129 d 2 α).[1])

[1]) Manche schreiben dem b. f. p. deshalb an den getrennten Früchten nur ein „schwebendes Eigentum" (S. 714) zu, das sich erst in ein endgültiges umwandelt, wenn der b. f. p. die Früchte verbraucht oder dem Eigentümer übergibt. Andere schreiben auf Grund von D. 22, 1, 45 dem b. f. p. nur das Eigentum an den fructus industriales, nicht auch an den fructus mere naturales (S. 250) zu. Nach den Quellen ist aber anzunehmen, daß der b. f. p. (gleich dem Spezifikanten, „pro cultura et cura", I. 2, 1, 35) das Eigentum der getrennten Früchte endgültig erwirbt und nur obligatorisch zur Herausgabe der bei Anstellung der Vindikation vorhandenen Früchte verpflichtet ist; vgl. zB. D. 7, 4, 13 und 20, 1, 1, 2. Streitig ist auch, ob schon die bloße Veräußerung als Verbrauch anzusehen ist, ob die fructus exstantes ersessen werden können und ob ihre Herausgabe nur als causa rei bei Gelegenheit der Herausgabe der Sache oder auch mit selbständiger Klage verlangt werden kann.

Der Satz „fructus consumptos suos facit" hat danach nicht die (dingliche) Bedeutung: mit dem Verbrauch der Früchte erwirbt der redliche Besitzer das Eigentum daran, was einen Widerspruch in sich selbst enthielte, sondern nur die (obligatorische) Bedeutung: für verbrauchte Früchte hat der redliche Besitzer dem Eigentümer bei der Herausgabe der Hauptsache nichts zu ersetzen.

2. Sonstige Nutzungsberechtigte erwerben die Früchte mit der Besitzergreifung (Perzeption), insbesondere der Nießbraucher[2]), der antichretische Pfandgläubiger (unten § 142 c 3) und der Pächter, dieser jedoch, weil er nach rR. nur obligatorisch berechtigt ist, nur solange der Eigentümer des Grundstücks nicht (wenn auch vertragswidrig) Widerspruch erhebt (D. 7, 1, 13; 12, 1, 4, 1; 47, 2, 62, 8); S. 581.

c. Beim Fruchterwerb handelt es sich um neu in den Rechtsverkehr eintretende Sachen; er ist also „originär" (S. 265).

§ 127. Aneignung.

a. Begriff.

Aneignung (occupatio) ist Eigentumserwerb an einer herrenlosen Sache durch Ergreifung des Eigenbesitzes (res nullius cedit occupanti, I. 2, 1, 12; ebenso BGB. § 958 Abs. 1). Sie ist eine auf die ratio naturalis zurückgeführte Eigentumserwerbsart (D. 41, 1, 3, pr.). Kein Erfordernis der Aneignung ist guter Glaube des Okkupanten; Eigentum erwirbt vielmehr auch, wer eine herrenlose Sache in der Meinung in Eigenbesitz nimmt, sie gehöre jemandem. Die bloße Absicht der Aneignung genügt nicht (D. 41, 1, 5, 1; S. 681[7]).

Der b. f. p. erwirbt die Früchte auch der ersitzungsunfähigen Sachen, zB. der res furtivae (D. 41, 1, 48). Er muß auch noch zur Zeit der Separation redlich sein, obgleich für die Ersitzung (nach rR., S. 751) eine mala fides superveniens unschädlich ist (D. 41, 1, 48, 1, anders D. 22, 1, 25, 2).

Nach BGB. erwirbt der dinglich zur Fruchtziehung Berechtigte (zB. der Nießbraucher, § 954) sowie der gutgläubige Eigenbesitzer (§ 955) die Früchte mit der Trennung, ebenso der obligatorisch Berechtigte (zB. der Pächter), sofern ihm der Besitz der Sache überlassen ist, andernfalls erst mit der Besitzergreifung (§ 956).

[2]) Manche lassen wegen D. 22, 1, 28, pr. bei Tierjungen auch den Nießbraucher schon mit der Geburt Eigentum erwerben.

b. Gegenstände der Aneignung

sind: Sachen, die noch nicht in den Rechtsverkehr eingetreten sind, insbesondere Naturprodukte (res quae coelo, terra, marique capiuntur, I. 2, 1, 12 ff.) und Tiere; ferner Sachen, welche der bisherige Eigentümer aufgegeben (derelinquiert) hat; endlich Sachen der Feinde[1]).

1. Tiere.

Haustiere, d. h. Tiere, die ihrer Art nach zu den zahmen gehören, unterstehen hinsichtlich des Eigentumserwerbs und -verlusts den für sonstige Sachen gegebenen Vorschriften; sie können also nur okkupiert werden, wenn sie derelinquiert sind (unten 2), nicht schon, wenn sie den animus revertendi verlieren (D. 41, 1, 5, 6). Besondere Vorschriften gelten nur für wilde Tiere (d. h. Nichthaustiere). Hierbei muß man unterscheiden:

a. Der Eigentumserwerb an wilden Tieren geschieht durch Freiheitsberaubung und im Wege der Aneignung. Solange sie sich in ihrer natürlichen Freiheit befinden, sind sie herrenlos (vgl. jedoch D. 41, 1, 55, oben S. 681[7]); den einzelnen eingefangenen Tieren stehen jedoch Tiere in Tiergärten und Fische in Teichen und anderen geschlossenen Privatgewässern gleich (vgl. BGB. § 960 Abs. 1).

---

[1]) Das moderne Recht, insbesondere auch das BGB., erkennt die Aneignung nur in engen Grenzen an.

a. Fast völlig beseitigt ist die occupatio bellica, indem im Landkriege nur die zur Kriegführung verwendbaren Gegenstände der Beute unterliegen und auch nur dann, wenn sie dem feindlichen Staate oder dessen Soldaten gehören. Für den Seekrieg sind die Grenzen durch die Pariser Seerechtsdeklaration von 1856 etwas weiter gezogen, indem auch feindliche Privatschiffe und auf solchen geladene feindliche Waaren der Wegnahme unterliegen, ferner stets die Kriegskontrebande, d. h. die zur Kriegführung dienlichen Gegenstände.

b. Die Aneignung aufgegebener Grundstücke steht nur dem Fiskus zu (BGB. § 928).

c. Von den noch nicht in den Rechtsverkehr eingetretenen Sachen sind endlich die meisten dadurch der freien Aneignung entzogen, daß für bestimmte Personen ausschließliche Aneignungsrechte bestehen (BGB. § 958 Abs. 2), so für jagdbare Tiere (Jagd- und Fischereirecht) und für Naturschätze (Bergrecht, S. 716[12]).

Das rR. kannte kein Jagdrecht[2]). Wer auf fremdem Grund und Boden jagt, kann wegen Besitz- oder Eigentumsstörung mit dem interdictum uti possidetis oder der actio negatoria oder wegen Eingriffs mit der actio iniuriarum (S. 664[14]) belangt werden; der „Wilddieb" wird aber nach rR. jedenfalls Eigentümer des von ihm Erlegten[3]).

β. Hinsichtlich des Eigentumsverlustes unterscheidet das rR.:

a. Gefangene, d. h. nur physisch beherrschte wilde Tiere werden herrenlos und unterliegen damit wieder der freien Aneignung, falls sie die Freiheit wieder erlangen, sofern der Eigentümer das Tier nicht sofort verfolgt oder die Verfolgung aufgibt (ebenso BGB. § 960 Abs. 2).

b. Gezähmte, d. h. psychisch beherrschte wilde Tiere fallen dagegen nicht schon durch die Erlangung der Freiheit, sondern erst dann wieder der freien Aneignung anheim, wenn sie die consuetudo revertendi ablegen (D. 41, 1, 3 ff.; ebenso BGB. § 960 Abs. 3). Dies gilt auch für Tauben (D. 41, 1, 5, 5). Am ausziehenden Bienenschwarm (examen) dagegen bleibt das Eigentum solange erhalten „donec in conspectu tuo est nec difficilis eius persecutio est: alioquin occupantis fit" (I. 2, 1, 14, D. 41, 1, 5, 2).[4])

---

[2]) Aus einigen Quellenstellen (D. 7, 1, 9, 5 u. 62, pr.; 22, 1, 28), in denen die Jagd auf den hierzu bestimmten Grundstücken als Einnahmequelle bezeichnet wird, folgern manche (Wächter), daß auch den Römern schon ein ausschließliches Aneignungsrecht des Grundstückseigentümers oder Nutznießers bekannt war.

[3]) D. 41, 1, 3, 1: Nec interest quod ad feras bestias et volucres, utrum in suo fundo quisque capiat an in alieno. plane qui in alienum fundum ingreditur venandi aucupandive gratia, potest a domino, si is prohiberi ne ingrederetur. Anders nach BGB. § 958 Abs. 2 (vgl. StGB. § 292): der Wilddieb wird nicht Eigentümer, weil er durch die Besitzergreifung das ausschließliche Aneignungsrecht des Jagdberechtigten verletzt. Ob der Jagdberechtigte im Wege einer sog. unfreiwilligen Stellvertretung des Wilderers unmittelbarer Eigentümer des Erlegten wird oder erst durch Aneignung, ist streitig.

[4]) Ähnlich BGB. §§ 961–964, während nach deutschem Rechte die Biene als „wilder Wurm" galt und daher der ausziehende Bienenschwarm ohne weiteres der freien Aneignung unterlag.

2. Res derelictae.

Eine Sache wird herrenlos, wenn der Eigentümer, in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, den Besitz der Sache aufgibt (ebenso BGB. § 959 unter Beschränkung auf Mobilien, S. 709[1]), also animo et corpore. Die Dereliktion ist ein Rechtsgeschäft; Geschäftsunfähige können also nicht derelinquieren. Bloßes Verlieren (S. 769) und das Auswerfen von Sachen im Falle der Seenot[5]) gilt nicht als Dereliktion. Über den iactus missilium vgl. S. 740, über die Inbesitznahme vernachlässigter Grundstücke S. 734[6].

3. Feindessachen.

α. Das eroberte Land wird ager publicus populi Romani (S. 80). Die von den Soldaten den Feinden als Beute abgenommenen Mobilien werden ebenfalls Staatseigentum und sind an den Befehlshaber zwecks Verteilung unter die Soldaten oder zur Versteigerung für den Fiskus (S. 733) abzuliefern (D. 49, 15, 20, 1). Als erbeutet gilt eine Sache jedoch erst, wenn sie in Sicherheit (intra praesidia, D. 49, 15, 5, 1) gebracht ist.

β. Befinden sich dagegen beim Ausbruch eines Krieges Vermögensobjekte der Feinde in Händen römischer Bürger, so können sie als herrenlos von den Besitzern okkupiert werden (D. 41, 1, 51, 1). Als Feinde gelten übrigens nicht nur die Völker, mit denen Kriegszustand besteht, sondern schon alle diejenigen, mit denen nicht foedus oder amicitia besteht. Gerechterweise erkennen die Römer auch den Feinden die Befugnis zu (D. 49, 15, 5), die in ihrem

---

[5]) I. 2, 1, 48: Alia causa est earum rerum, quae in tempestate maris levandae navis causa eiciuntur. hae enim dominorum permanent, quia palam est eas non eo animo eici, quo quis ea habere non vult, sed quo magis cum ipsa nave periculum maris effugiat: qua de causa si quis eas fluctibus expulsas vel etiam in ipso mari nactus lucrandi animo abstulerit, furtum committit; vgl. D. 41, 7, 7: „große Haverei", S. 603[9]. Das Gleiche gilt für den Schiffbruch: quoniam non est in derelicto, sed in deperdito, D. 41, 2, 21, 1.

Besitze befindlichen oder eroberten Sachen römischer Bürger sich anzueignen[6]).

γ. Was einmal Gegenstand der occupatio bellica geworden ist, tritt in die frühere Rechtsstellung auch dadurch nicht zurück, daß es dem Eroberer wieder abgenommen wird. Nur für bestimmte Gegenstände gilt das ius postliminii, d. h. an ihnen leben im Falle der Rückeroberung die früheren Rechte wieder auf. Das postliminium gilt für Sklaven, Grundstücke, Kriegs- und Frachtschiffe, Pferde und Maultiere, nicht aber für Waffen (quippe nec sine flagitio amittuntur, D. 49, 15, 2, 2). Über die capitis diminutio maxima der Gefangenen, die Rechtsstellung der aus der Gefangenschaft zurückkehrenden Römer und die redemptio ab hoste vgl. oben S. 204[1], 212.

§ 128. Fund und Schatz.

a. Fund.

1. Finden ist das Inbesitznehmen einer von einem Anderen verlorenen beweglichen Sache. Beim Fund besteht also im Gegensatze zur Aneignung (S. 765) sowie zum Schatz (S. 770) das Eigentum eines Anderen; daher ist von einem sofortigen Eigentumserwerb seitens des Finders nach rR.[1]) nicht die Rede (D. 6, 1, 67).

2. Ein Finderlohn (εὕρετρα, D. 47, 2, 43, 9) ist dem Finder nach rR. versagt[2]). Er hat nur als negotiorum gestor Anspruch auf Ersatz seiner Auslagen.

b. Schatz.

1. Schatz ist eine bewegliche Sache, die so lange in einer anderen — beweglichen oder unbeweglichen — Sache

[6]) D. 49, 15, C. 8, 50: De captivis et de postliminio et redemptis ab hostibus.

[1]) Dagegen spricht das BGB. § 973 dem Finder nach Jahresfrist das Eigentum zu, falls nicht vorher ein Empfangsberechtigter ihm bekannt wird oder sich bei der Polizei meldet.

[2]) Nach BGB. § 971: 5% vom Werte bis 300 Mk., 1% vom Mehrwert, bei Tieren stets 1%.

verborgen gelegen hat, daß der Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist (D. 41, 1, 31, 1: The[n]saurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non exstat memoria, ut iam dominum non habeat; ebenso BGB. § 984).

2. Der Schatz wird im Gegensatze zum Fund als herrenlos behandelt; er fällt daher sofort dem Finder zu (nach manchen dem bloßen Entdecker, auch ohne Besitzergreifung), falls ihn dieser aber in einer fremden Sache findet, nur zur ideellen Hälfte, während die andere Hälfte dem Sacheigentümer (bei res publicae und religiosae dem Fiskus, D. 49, 14, 3, 10 u. 11) gebührt (ebenso BGB. § 984). Wer jedoch ohne Erlaubnis des Sacheigentümers oder unter Anwendung von Zaubermitteln nach Schätzen sucht, erwirbt das Gefundene nicht; vielmehr erhält es in ersterem Falle der Eigentümer, in letzterem der Fiskus (vgl. I. 2, 1, 39, D. 41, 1, 63, C. 10, 15, 1).

Vierter Titel. Ansprüche aus dem Eigentum (BGB. §§ 985—1007).

§ 129. Rei vindicatio.

a. Die Rechtsschutzmittel des Eigentümers.

Dem Eigentümer sind zum Schutze seines Eigentums gegen Entziehung oder Störung verschiedene Rechtsbehelfe gewährt.

1. Einige derselben stehen ihm kraft seines Eigentums zu. Dazu gehört der Anspruch wegen Vorenthaltung (rei vindicatio, s. u.) und wegen Störung des Eigentums (actio negatoria, unten § 130).

Andere Rechtsbehelfe bauen sich auf sein Recht zum Besitz (actio Publiciana, unten § 131) oder auf der bloßen Tatsache des Besitzes auf (die Besitzinterdikte usw.). Die letzteren Rechtsbehelfe sind possessorischer Natur (auf den Besitz gestützt), die drei erstgenannten petitorischer Natur (auf das Recht gestützt).

2. Außer diesen Schutzmitteln sachenrechtlicher Art kann sich der Eigentümer unter Umständen auch gewisser obligatorischer Rechtsbehelfe bedienen, so der actio depositi, commodati, locati, wenn er seine Sache bei einem Anderen hinterlegt, ihm geliehen oder vermietet hat, der actio furti, gegen den Dieb, der actio ad exhibendum zur Vorbereitung der rei vindicatio (S. 646). Nur haben die sachenrechtlichen Ansprüche als in rem gerichtet absolute Wirkung gegen alle, während die obligatorischen Ansprüche sich grundsätzlich nur gegen bestimmte Personen richten (S. 429). Unter mehreren ihm zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfen hat der Eigentümer die Wahl; er wird denjenigen wählen, der ihn am einfachsten zum Ziele führt, zB. vielfach die Publiciana der rei vindicatio vorziehen (unten § 131).

b. Voraussetzungen der rei vindicatio[1]).

Die rei vindicatio ist die Klage des nicht besitzenden Eigentümers gegen den besitzenden Nichteigentümer.

1. Kläger ist in der Regel der nicht besitzende Eigentümer.

a. Zur Begründung der r. v. muß der Kläger hiernach sein Eigentum behaupten und im Falle des Bestreitens des Beklagten beweisen[2]). Im Falle eines derivativen

---

[1]) D. 6, 1, C. 3, 32: De rei vindicatione. In den Quellen heißt die r. v. meist in rem actio oder specialis in rem actio im Gegensatze zur hereditatis petitio, der dinglichen Universalklage.

[2]) In einem Falle ist der Kläger des Beweises seines Eigentums überhoben. Leugnet der Beklagte nämlich, die Sache hinter sich zu haben und wird ihm dies bewiesen, so wird ihm zur Strafe seines grundlosen Leugnens (durch ein interdictum „Quem fundum" — sc. „L. Titius te petiit, illi restituas" —) die Sache entzogen und auf den Kläger übertragen, sodaß der bisherige Besitzer nunmehr die ungünstigere Rolle des Klägers übernehmen muß (D. 6, 1, 80). Durch die CPO. ist diese Prozeßstrafe beseitigt.

Im BGB. ist der Eigentumsbeweis sehr erleichtert. Für Immobilien genügt die Berufung auf die Eintragung im Grundbuche (§ 891), für Mobilien wird nach § 1006 vermutet, daß der Besitzer Eigentümer ist. Ferner wird der Eigentumsstreit durch den Grundsatz sehr vereinfacht, daß der gutgläubige Erwerb auch vom Nichteigen-

Eigentumserwerbs ist dieser Beweis schwer zu führen (D. 41, 1, 20, pr., probatio diabolica, S. 735); der Eigentümer wird in solchem Falle statt der r. v. oder mindestens „eventuell" lieber die Publiciana anstellen (unten § 131). Denn mißlingt ihm bei Anstellung der r. v. der volle Beweis des Eigentums, so wird er abgewiesen und der Beklagte behält die Sache, „actore non probante reus absolvitur" (S. 395), daher „melior est causa possidentis", „beati possidentes" (S. 674).

Ein Miteigentümer kann eine r. v. nur in Ansehung seines Bruchteils anstellen (partem petere, D. 6, 1, 35, 3; anders BGB. §§ 1011, 432).

β. Wird dem besitzenden Eigentümer die Sache von einem Detentor vorenthalten, so kann der Eigentümer seine Sache regelmäßig durch einfachere Rechtsbehelfe possessorischer (int. uti possidetis, utrubi) oder obligatorischer Natur (actio locati, depositi) zurückerhalten. Er ist aber auch zur Anstellung der r. v. berechtigt[3]).

---

tümer regelmäßig (originäres) Eigentum verleiht; S. 741[9]. Damit haben sich auch die Fälle, in denen eine Eigentumsklage mit Erfolg anzustellen ist, sehr vermindert. Nach rR. galt der Grundsatz: ubi rem meam invenio, ibi eam vindico; der r. v. unterlag jeder Besitzer einer nicht vom Eigentümer erworbenen Sache bis zur Ersitzung. Heute unterliegt der r. v. nur der schlechtgläubige Erwerber einer fremden und jeder Besitzer einer gestohlenen Sache. Damit geht das BGB. auf das deutsche Recht zurück, das eine dingliche Verfolgungsklage (Anefangsklage) nur bei solchen Mobilien gab, die dem Besitzer ohne seinen Willen abhanden gekommen sind, während der Eigentümer bei Mobilien, die er selbst fortgegeben hatte, sich nur an den Empfänger persönlich, nicht an einen Dritterwerber halten konnte, daher die Rechtssprüchwörter: „Hand wahre Hand", „Wo einer seinen Glauben gelassen hat, da muß er ihn wieder suchen".

[3]) Auf die r. v. des besitzenden, aber nicht innehabenden Eigentümers (vgl. zB. D. 7, 9, 7, pr.) beziehen die meisten den berühmten „unus casus" in I. 4, 6, 2: sane uno casu qui possidet nihilo minus actoris partes optinet, sicut in latioribus digestorum libris opportunius apparebit (S. 138[1]). Dernburg bezieht den unus casus überhaupt nicht auf die Eigentumsklage, sondern auf die an derselben Stelle behandelte actio negatoria.

2. Beklagter ist in der Regel der besitzende Nichteigentümer. Die r. v. richtet sich jedoch unter Umständen auch gegen nicht besitzende Nichteigentümer.

α. Die r. v. ist an sich auch gegen einen bloßen Detentor zulässig[4]), mag er im Namen des Klägers (1 *β*) oder eines Dritten detinieren; im letzteren Falle kann der Beklagte jedoch nach einer Verordnung Konstantins bei Immobilien sich durch Benennung des Dritten (laudatio s. nominatio auctoris) von dem Prozeß befreien (C. 3, 19, 2; ähnlich heute CPO. § 76).

β. Unter Umständen kann die r. v. gegen jemanden angestellt werden, der weder Besitzer noch Detentor ist, vom Recht vielmehr als Besitzer nur fingiert wird. Als fictus possessor wird behandelt:

a. qui dolo desiit possidere, d. h. (nach einem ursprünglich nur für die hereditatis petitio bestimmten SC. Iuventianum, D. 6, 1, 27, 3) wer eine fremde Sache in Kenntnis oder grobfahrlässiger Unkenntnis seines Nichteigentums vor dem Prozeßbeginn veräußert oder vernichtet (D. 50, 17, 131); ein späterer Besitzverlust ist für die Verpflichtung des Beklagten überhaupt bedeutungslos;

b. qui liti se optulit, d. h. wer sich fälschlich als Besitzer ausgibt und auf den Eigentumsprozeß einläßt (D. 6, 1, 25).

In beiden Fällen handelt es sich um einen in die Form der Vindikation gekleideten Deliktsanspruch (pro possessione dolus est, D. 6, 1, 36). Daher haften die Erben des fictus possessor nur auf die Bereicherung

---

[4]) D. 6, 1, 9: quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrubi (d. h. die r. v. gehe nur gegen den juristischen Besitzer). denique ait ab eo, apud quem deposita est vel commodata vel qui conduxerit aut qui legatorum servandorum causa vel dotis ventrisve nomine in possessione esset vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse. puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse.

(D. 6, 1, 52), wie gegenüber sonstigen Deliktsansprüchen (S. 409[8]). Der Kläger behält ferner, auch wenn er vom fictus possessor den Sachwert erstattet erhalten hat, die Vindikation gegen den wirklichen Besitzer (D. 6, 1, 7). Erlangt er dagegen umgekehrt vor Beendigung des Prozesses gegen den fictus possessor die Sache wieder, so entfällt der Anspruch gegen den fictus possessor (D. 5, 3, 13, 14).

γ. Ausnahmsweise wird eine utilis rei vindicatio einem Nichteigentümer gegen den Eigentümer zugesprochen. In Wahrheit ist dies keine auf schon vorhandenes Eigentum gestützte Klage, wie die rei vindicatio, sondern ein auf Erlangung oder Wiedererlangung von Eigentum gerichteter persönlicher Anspruch, dem durch die positive Gesetzgebung die Wirksamkeit eines dinglichen (auch gegen dritte wirksamen) Anspruchs beigelegt ist[5]).

c. Gegenstand der rei vindicatio.

Die r. v. kann nur auf eine selbständige, einzelne Sache oder auf einen bestimmten Bruchteil einer solchen, bei Grundstücken auf einen reellen Teil gehen (D. 6, 1, 6 u. 8). Ist eine Sache mit einer anderen verbunden, dann muß der Besitzer zunächst durch eine actio ad exhibendum zur Auflösung dieser Verbindung gezwungen

---

[5]) Eine solche utilis rei vindicatio hat:

a. der frühere Eigentümer einer durch Bemalung in das Eigentum des Malers übergegangenen Tafel, falls der letztere nicht ihren Wert ersetzt (S. 760, vgl. I. 2, 1, 34);

b. wer eine Sache unter der Auflage der Unterhaltsgewährung verschenkt, bei Nichterfüllung der Auflage (C. 8, 54, 1);

c. die Ehefrau nach Auflösung der Ehe hinsichtlich der — mit der Eheschließung in das Eigentum des Mannes übergegangenen — Dotalsachen (unten § 148[19], C. 5, 12, 30).

Ferner wird in einigen Fällen eine bezüglich einer Sache bestehende rei vindicatio als utilis r. v. auf das an ihre Stelle Getretene gewährt (surrogatum sapit naturam eius, cui surrogatur, S. 246), so dem Ehegatten gegen den (nichtig, S. 571) beschenkten anderen Ehegatten auf das für das geschenkte Geld Angeschaffte (D. 24, 1, 35), dem Soldaten und den Mündeln auf Herausgabe des mit ihrem Geld Angeschafften gegen jeden Dritten und gegen den Vormund (C. 3, 32, 8, D. 26, 9, 2, C. 5, 51, 3).

werden, was jedoch für Baumaterial ausgeschlossen ist (D. 6, 1, 23, 5; 10, 4, 6); vgl. oben S. 646[2]. Ausnahmsweise wird zur Erleichterung der Rechtsverfolgung eine vindicatio gregis (oben S. 243, streitig, ob auch sonstiger Sachgesamtheiten) und eine vindicatio incertae partis (D. 6, 1, 76, 1) zugelassen.

d. Umfang der rei vindicatio.

1. Das Ziel (petitum) der r. v. ist in erster Linie die Herausgabe der Sache selbst mit allen etwaigen Pertinenzen (D. 50, 16, 246, 1); und zwar hat der redliche Besitzer bewegliche Sachen dort zu restituieren, wo sie sich befinden (jedoch kann der Kläger die Herausgabe am Klageorte verlangen, wenn er Gefahr und Kosten des Transports übernimmt), während der unredliche Besitzer sie an den Ort, an dem er den Besitz erlangte und wenn er sie nach Prozeßbeginn vom Klageorte fortbrachte, an diesen Ort auf seine Kosten und Gefahr zurückzuliefern hat (D. 6, 1, 10—12).

2. Die r. v. beschränkt sich aber nicht auf die Herausgabe der Sache selbst. Vielmehr muß diese cum omni causa, d. h. mit gewissen Früchten und sonstigen Accessionen (Alluvion, Schatzhälfte, partus ancillae) herausgegeben werden. Ferner haftet der Herausgebende in gewisser Weise, falls er die Sache nur beschädigt herausgeben kann[6]). In beiden Beziehungen werden im rR. (ähnlich

---

[6]) Diese Nebenansprüche wegen Nutzungen und Schäden können mit der rei vindicatio verfolgt werden (D. 6, 1, 13 ff.). Ist die Sache dagegen vor der Rechtshängigkeit völlig untergegangen oder veräußert, so kann mit der r. v. nur gegen den, qui dolo desiit possidere (S. 773), nicht aber gegen sonstige unredliche oder gegen gutgläubige Besitzer vorgegangen werden. Vielmehr ist in diesen Fällen nur ein persönlicher Anspruch gegeben.

a. Gegen den bonae fidei possessor, der die Sache vor der Litiskontestation der r. v. veräußert, ist hiernach nur eine persönliche Klage auf die Bereicherung (condictio sine causa oder actio negotiorum gestorum) möglich, falls die Sache später untergeht und daher nicht vindiziert werden kann. Vgl. D. 3, 5, 48; 12, 1, 23; 19, 1, 30, pr.; ähnlich BGB. § 816 Abs. 1.

auch BGB. §§ 987—993) zwei Umstände in Betracht gezogen: einmal wird unterschieden, ob der Herausgebende redlich oder unredlich ist; andererseits wird der Besitz bis zur Rechtshängigkeit der r. v. anders behandelt als der Besitz nach derselben[7]).

α. Nutzungen.

a. Der malae fidei possessor haftet:

1) vor der Rechtshängigkeit (litis contestatio) auf Herausgabe der fructus exstantes und Ersatz der fructus percepti und percipiendi (praedo fructus suos non facit: D. 5, 3, 40, 1);

2) nach der litis contestatio außerdem auch für diejenigen Früchte, die der Kläger hätte ziehen können, selbst wenn also den Beklagten nicht der Vorwurf schuldhafter Unterlassung trifft (fructus ex persona domini percipiendi, D. 6, 1, 62, 1).

b. Der bonae fidei possessor haftet:

1) vor der litis contestatio nur für fructus exstantes, während er „fructus consumptos suos facit" (S. 764);

2) nach der litis contestatio wie ein malae fidei possessor vor derselben (I. 4, 17, 2).

---

b. Gegen den malae fidei possessor, bei dem die Sache untergeht, ist ein Interesseanspruch gegeben, wenn er den Untergang verschuldet.

Geht die Sache nach der Litiskontestation unter, so tritt an die Stelle der Herausgabepflicht die Leistung des Interesses und zwar haftet (wie im Falle der Verschlechterung, oben 2 β) der schlechtgläubige Besitzer auch für zufälligen, der gutgläubige nur für verschuldeten Untergang.

[7]) Die mehrfache (jedoch nicht völlige!) Gleichstellung des gutgläubigen Besitzers nach der Rechtshängigkeit mit dem bösgläubigen Besitzer vor der Rechtshängigkeit drücken die Quellen gelegentlich der hereditatis petitio (D. 5, 3, 25, 7) dahin aus: „post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse". Jedoch Paulus stellt dem praedo den bonae fidei possessor gegenüber und sagt ausdrücklich von letzterem „nec enim debet indefensum ius suum relinquere", D. 5, 3, 40.

β. Schäden.

a. Der malae fidei possessor haftet bei Verschlechterung der herauszugebenden Sache auf Schadensersatz und zwar:

1) vor der litis contestatio, sofern ihn auch nur levis culpa trifft;

2) nach der litis contestatio auch für Zufall, sofern er nicht nachweist, daß der Zufall auch bei rechtzeitiger Herausgabe den Kläger getroffen haben würde, zB. daß dieser den Streitgegenstand vor Eintritt des Schadens nicht veräußert haben würde (D. 6, 1, 15, 3, sog. casus mixtus, S. 461). Der deliktsmäßige Besitzer (fur und violentus possessor) haftet von vornherein für jeden casus (sog. casus merus); vgl. S. 464.

b. Der bonae fidei possessor haftet:

1) für die vor der litis contestatio eingetretenen Schäden auch bei Verschulden nicht (D. 5, 3, 31, 3: quia quasi suam rem neglexit);

2) nach der litis contestatio für alle durch sein Verschulden herbeigeführten Schäden, nicht aber für casus mixtus (D. 6, 1, 45).

e. Einwendungen des Beklagten.

1. Verwendungen.

α. Der zur Herausgabe einer Sache verpflichtete Besitzer kann vom Vindikanten in gewissem Umfang Ersatz der auf die Sache gemachten Verwendungen (impensae, zB. Reparatur- oder Futterkosten) beanspruchen.

a. Impensae necessariae, d. h. die zur Erhaltung der Sache oder Abwendung einer Wertverminderung erforderlichen Aufwendungen (D. 50, 16, 79: quae si facta non sint, res aut peritura aut deterior futura sit) kann jeder, auch der unredliche Besitzer erstattet verlangen, nur nicht der Dieb (D. 13, 1, 13, C. 8, 51, 1).

b. Impensae utiles, d. h. die nicht zur Verhinderung eines Wertverlustes, sondern zur Erhöhung des Er-

trages oder des Werts der Sache gemachten Verwendungen werden nur dem redlichen Besitzer ersetzt unter Abrechnung der von ihm konsumierten, also ihm verbleibenden (S. 776) Früchte (D. 6, 1, 48); der unredliche hat nur ein Wegnahmerecht (ius tollendi), das aber nur salva rerum substantia und nicht in schikanöser Weise ausgeübt werden darf (D. 6, 1, 38: neque malitiis indulgendum est, S. 371).

c. Für impensae voluptuariae (Luxusausgaben, „quae speciem dumtaxat ornant, non etiam fructum augent", D. 50, 16, 79) hat auch der redliche Besitzer nur ein ius tollendi (ähnlich unterscheidet auch BGB. §§ 994—999).

β. Zur Durchsetzung des Verwendungsanspruchs hat der Ersatzberechtigte nach rR. kein Klagerecht (anders BGB. § 1002), vielmehr kann er die Erstattung nur durch Zurückhaltung der Sache erzwingen, indem er die rei vindicatio des Eigentümers bis zur Erstattung durch exceptio doli (generalis, S. 339[6]) zurückzuweisen befugt ist (D. 6, 1, 48; vgl. BGB. § 1000).

2. Recht zum Besitze.

Der auf Herausgabe der Sache beklagte Besitzer kann dem Eigentumsanspruche — abgesehen von den allgemeinen Einreden, zB. der Verjährung, der rechtskräftig entschiedenen Sache — den Einwand entgegensetzen (ebenso BGB. § 986), daß er zum Besitze berechtigt sei, sei es:

α. auf Grund eines dinglichen Rechts (zB. Nießbrauch, Pfandrecht);[8]) oder

β. auf Grund eines persönlichen Rechts, das ihm gegenüber dem Kläger zusteht[9]). Hierher gehört vor allem die exceptio rei venditae et traditae (D. 21, 3),

---

[8]) Nach Justinians Nov. 18 c. 10 kann der Beklagte, wenn er das Eigentum des Klägers bestreitet, sich nach erbrachtem Beweise auf ein ihm vom Kläger bestelltes dingliches Recht nicht berufen, muß vielmehr (eine poena temere litigantis) die Sache zunächst herausgeben und sein Recht als Kläger verfolgen.

[9]) Der Mieter und Pächter kann jedoch nach rR. (anders nach BGB. § 986) ohne weiteres entsetzt werden (S. 693[7]).

eine Unterart der exceptio doli. Sie ist im justin. R. nach Beseitigung der Unterscheidung von res mancipi und nec mancipi (S. 713) besonders für die Fälle der Konvaleszenz (S. 346[1]) von praktischer Bedeutung[10]), zB. wenn jemand eine fremde Sache veräußert und übergeben hat und sie auf Grund des später, zB. durch Beerbung des Eigentümers, an ihn gediehenen Eigentums vindiziert (D. 21, 3, 1, pr.: si alienum fundum vendideris et tuum postea factum petas) oder wenn umgekehrt der Eigentümer der Sache Erbe des Veräußerers geworden ist (D. 21, 3, 1, 1: si dominus fundi heres venditori existat). Die Einrede geht aktiv und passiv auf Erben und Sondernachfolger über (D. 21, 3, 3). Sie kann auch als replicatio gegen die exceptio dominii geltend gemacht werden (D. 6, 1, 72).

f. Verfahren bei der rei vindicatio.

1. Legisaktionenverfahren.

Ursprünglich erfolgte die rei vindicatio im Verfahren der legis actio per sacramentum im Wege eines Scheinkampfes um die Sache zur formellen Feststellung der beiderseitigen Ansprüche. Mobilien wurden zu diesem Zwecke vor Gericht gebracht (in iure manum conserere). Für Immobilien fand anfänglich ein „Lokaltermin" auf dem Grundstücke selbst statt; später kamen die Parteien vor dem Prätor zusammen, forderten sich vor diesem auf, zu dem Grundstück zu gehen (ex iure manum consertum vocare), nahmen hier vor Zeugen (superstites) den Scheinkampf vor und vollzogen die Vindikation vor Gericht an einer mitgebrachten Scholle. Später fiel der erste Termin vor dem Prätor fort; die Parteien begaben sich zunächst auf das Grundstück, von welchem die eine die andere mit scheinbarer Gewalt fortführte (das ist vermutlich die von Cicero in den Reden pro Caecina und pro Tullio erwähnte deductio

[10]) Vgl. aber zB. nach D. 23, 3, 7, 3 a. E. (keine Vindikation der unter einer Suspensivbedingung übergebenen Sache, solange die Bedingung noch nicht eingetreten ist).

quae moribus fit; ex conventu vim fieri). In dem nunmehr stattfindenden Termine vor dem Prätor fand nur noch ein symbolisches Hingehen zu dem Grundstücke statt, indem der Prätor die auf seinen Befehl sich zum Gehen wendenden Parteien sofort zurückrief (inite viam, redite viam). In der Kaiserzeit fiel auch diese Form fort; die Vindikation wurde für Immobilien an einer Erdscholle oder einem sonstigen Grundstücksteil vorgenommen.

Nachdem die formelle Vindikation und Kontravindikation stattgefunden hat (Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam. Sicut dixi, ecce tibi vindictam inposui), wird zur Bestellung des sacramentum (S. 166) geschritten und der Prätor weist einer der beiden Parteien den Besitz der streitigen Sache für die Dauer des Prozesses zu (vindicias dicere, vgl. S. 101). Diese Partei hat dann dem Gegner (nicht wie hinsichtlich des sacramentum dem Prätor) Sicherheit (praedes litis et vindiciarum, S. 699) für die Rückgewähr der Sache nebst den Früchten im Falle ihres Unterliegens zu stellen. Alsdann fand mit der litis contestatio der Abschluß des Verfahrens in iure statt und es begann das Verfahren in iudicio, für welches das Centumviralgericht zuständig war[11]).

2. Formularverfahren.

α. In der ersten Zeit des Formularverfahrens bestand — falls nicht das immer noch zulässige Verfahren der legis actio sacramento in rem gewählt wurde — keine besondere Formel für die rei vindicatio. Vielmehr mußte der Umweg des Sponsionsverfahrens beschritten werden, indem der Beklagte dem Kläger für den Fall, daß dieser der Eigentümer der streitigen Sache sei, eine Summe in Stipulationsform versprechen mußte. Diese Summe wurde dann mit einer actio in personam eingeklagt. Sie war aber nur eine sponsio praeiudicialis, d. h. sie stellte nicht das Geldinteresse des Klägers an der Herausgabe der Sache dar,

[11]) Vgl. die Schilderung des Verfahrens der legisactio sacramento in rem in G. 4, 16 u. 17.

sondern sollte nur ermöglichen, daß der iudex über die Frage, ob Kläger Eigentümer der Sache sei, eine Feststellung treffe. Da nämlich der Beklagte sich zur Zahlung nur unter der Bedingung verpflichtet hatte, daß Kläger Eigentümer der Sache wäre, mußte der iudex, um zu einer Entscheidung zu kommen, zunächst feststellen, wer Eigentümer wäre. In der Abweisung des Antrags auf Zahlung der sponsio lag daher mittelbar die Entscheidung, daß der Beklagte Eigentümer sei, in der Verurteilung des Beklagten zur Zahlung mittelbar die Entscheidung, daß der Kläger Eigentümer sei. Da hiernach das ganze Verfahren nur die Bedeutung eines Feststellungsprozesses hatte, wurde die stipulierte Summe gar nicht gezahlt. Wollte der Kläger für den Fall seines Obsiegens sein Geldinteresse an der Herausgabe geltend machen, so mußte er, wie im Sakramentsprozesse — dem das Sponsionsverfahren überhaupt nachgebildet ist —, eine besondere stipulatio pro praede litis et vindiciarum verlangen[12]).

β. Neben das Sakraments- und das Sponsionsverfahren und später ganz an deren Stelle trat — zuerst für das Eigentum von Peregrinen und an Provinzialgrundstücken — nach Bildung einer besonderen Formel (oben S. 387[10]) das Verfahren per formulam petitoriam, in welchem ohne den Umweg einer Entscheidung über sacramentum oder sponsio unmittelbar darüber entschieden wird, ob dem Kläger das von ihm beanspruchte Eigentum zusteht. Hierbei hat der beklagte Besitzer durch cautio iudicatum solvi[13]) für die Zahlung der Summe, zu der er etwa verurteilt werden sollte, Sicherheit zu leisten. Die actio in rem war eine actio arbitraria (oben S. 386); der iudex erließ also, wenn er die Klage für begründet ansah, zunächst nur eine pronuntiatio zu Gunsten des Klägers (res actoris est) und forderte den Beklagten durch einen Zwischenbescheid (arbitratus) zur Herausgabe der Sache auf.

---

[12]) Vgl. G. 4, 93 u. 94.

[13]) Nicht mehr die stipulatio pro praede litis et vindiciarum; vgl. G. 4, 91, 92.

Kommt Beklagter dem arbitratus nicht nach, so erfolgt die Verurteilung des Beklagten, die aber — bei der das rR. bis in die spätere Kaiserzeit beherrschenden Geldkondemnation, oben S. 468 — nicht unmittelbar auf Herausgabe der Sache, sondern dahin, quanti ea res erit, also auf das Geldinteresse (litis aestimatio) erfolgte, das der Kläger freilich eidlich schätzen durfte (D. 12, 3, 5, pr., S. 387). Erst in der klassischen Zeit wird der arbitratus unmittelbar vollstreckbar (Realexekution, D. 6, 1, 68, oben S. 411).

3. Im justinianischen Prozeß wird Urteil und Zwangsvollstreckung auf Herausgabe der Streitsache selbst gerichtet.

§ 130. Actio negatoria.

a. Begriff und Voraussetzungen.

1. Gegen Eingriffe, die sich nicht als Entziehung des Besitzes, sondern als bloße Störung des Eigentums darstellen, hat der Eigentümer eine besondere Klage, die actio negatoria oder negativa. Diese Benennung erklärt sich dadurch, daß die Klage in der Regel[1]) gegen die Anmaßung einer Servitut durch den Beklagten[2]) ge-

---

[1]) Manche nehmen für das reine rR. an, daß die a. n. nur gegen einen Servitutenprätendenten gegeben war; tatsächlich war dies auch der Normalfall, für den die Ausbildung der im Text erwähnten besonderen Grundsätze erfolgt ist. Immerhin wird die a. n. in den Quellen auch in Fällen sonstiger fortdauernder Einwirkung zugelassen, zB. wenn ein Miteigentümer eigenmächtig baut (D. 8, 5, 11), eine fremde Wasserleitung ein Gebäude gefährdet (D. 8, 5, 13), eine gemeinschaftliche Wand sich über die Grenze neigt (D. 8, 5, 14, 1). Für das BGB. genügt jedenfalls jede fortdauernde Beeinträchtigung, auch wenn der Störer nicht behauptet, hierzu berechtigt zu sein, nicht aber ein einmaliger Eingriff (Fortnehmen von Früchten, Gehen über das Grundstück, wenn keine Wiederholung zu befürchten ist).

[2]) Die actio negatoria ist also das Gegenstück zur actio confessoria (unten § 139), mit welcher jemand als Kläger eine Servitut in Anspruch nimmt; beide Klagen sind zusammen behandelt in D. 7, 6: Si usus fructus petetur vel ad alium pertinere negetur, und D. 8, 5: Si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur.

richtet ist und ihre Formel demgemäß eine negative Fassung hatte[8]).

2. Kläger ist der in seinem Eigentum gestörte Eigentümer. Ein Miteigentümer kann der Inanspruchnahme eines Nießbrauchs gegenüber nur hinsichtlich seines Anteils, gegenüber Prädialservituten dagegen, da diese das ganze Grundstück ungeteilt belasten, in solidum klagen (D. 8, 5, 6, 4, vgl. BGB. § 1011). Auch der bloße publizianische Besitzer kann die Klage (als sog. negatoria Publiciana) anstellen, ebenso der Superfiziar, Emphyteuta und Pfandgläubiger.

3. Beklagter ist, wer sich die Servitut (wenn auch nur wörtlich, si nova velis immittere, prohiberi a me potes; D. 8, 5, 14, pr., dies ist jedoch streitig) anmaßt oder sonst in das Eigentum eingreift.

b. Beweislast.

Kläger hat jedenfalls sein Eigentum (oder sein sonstiges ihn zur Klage legitimierendes Recht) und den Eingriff des Beklagten zu beweisen. Streitig ist dagegen, da die Quellen kein sicheres Ergebnis liefern, ob Beklagter das Bestehen des von ihm beanspruchten Rechts (vgl. D. 7, 6, 5, pr.) oder ob Kläger dessen Nichtbestehen zu beweisen habe (D. 39, 1, 15). Nach einer dritten Ansicht (vgl. D. 8, 5, 8, 3) ist zu unterscheiden, ob der Beklagte das beanspruchte Recht schon ausübt, d. h. besitzt — dann müsse der Kläger das Nichtbestehen des Rechts beweisen —, oder ob er sich noch nicht im Besitze der Ausübung befindet — dann müsse Beklagter sein Recht erweisen.

[8]) Die Formel war im album praetoris nicht einheitlich festgestellt, sondern wurde der vom Beklagten in Anspruch genommenen Servitut angepaßt; zB. Si paret N° N° ius non esse utendi fruendi fundo Corneliano invito A° A° oder eundi agendi, aquam ducendi, tigna in parietem immissa habendi, altius tollendi usw. (vgl. I. 4, 6, 2). Die Formel wurde übrigens auch mit positiver Fassung der intentio gegeben (Si paret A° A° ius esse prohibendi N^m N^m ire agere, vgl. zB. D. 7, 6, 5, 1); neuere bezeichnen die actio negatoria in diesem Fall als actio prohibitoria.

Da das Eigentum begrifflich von vornherein unbeschränkt ist (S. 708), so muß nach richtiger Ansicht der Beklagte in jedem Falle das von ihm beanspruchte Recht beweisen, indem er behauptet, daß das Eigentum einer Beschränkung unterworfen worden ist (sog. Vermutung für die Freiheit des Eigentums, S. 710; ebenso BGB. § 1004).

c. Ziel der Klage.

Die a. n. geht zunächst auf Feststellung (pronuntiatio, S. 386) der Freiheit des Eigentums von dem vom Beklagten etwa in Anspruch genommenen Rechte, ferner sofern dies nötig ist (D. 7, 6, 5, 6), auf Beseitigung der Beeinträchtigungen (D. 8, 5, 14, pr.) nebst Ersatz des dem Kläger hierdurch verursachten Schadens (D. 8, 5, 4, 2) und, falls die Wiederkehr der Störungen zu besorgen ist, auf Sicherstellung (cautio de non amplius turbando, D. 8, 5, 12; vgl. BGB. § 1004 Abs. 1).

§ 131. Actio Publiciana.

a. Voraussetzungen.

Ein Prätor Publizius führte (etwa 69 v. Chr.) eine petitorische Klage zum Schutze desjenigen ein, der sich im Ersitzungsbesitze einer Sache befand. Bis dahin war ein solcher Besitzer im Falle eines Besitzverlustes auf die possessorischen Rechtsbehelfe angewiesen, die dritten Erwerbern der Sache gegenüber meist versagten; denn erst durch die vollendete Ersitzung wurde der Ersitzungsbesitzer Eigentümer und erst alsdann konnte er sich der rei vindicatio und der actio negatoria bedienen. Nunmehr wurde ihm schon während des Laufs der Ersitzungszeit ein dinglicher Anspruch (ad instar proprietatis, non ad instar possessionis, D. 6, 2, 7, 6) auf Grund der Unterstellung (Fiktion) gewährt, daß er die Sache schon ersessen habe (I. 4, 6, 4). Die actio Publiciana in rem[1]) war also eine actio ficticia (S. 383).

[1]) Die aus G. 4, 36 ersichtliche Formel der actio Publiciana lautete (für den Fall des Kaufs eines Sklaven): Titius index

Andererseits ergibt diese Voraussetzung, daß sich der Publiciana nur der bedienen kann, der sich im Ersitzungsbesitze befindet; sie ist also ausgeschlossen bei schlechtgläubigem (oder nicht tituliertem) Erwerb, bei res inhabiles (D. 6, 2, 9, 5) und steht dem Prekaristen oder Pfandgläubiger nicht zu, weil ihnen der Eigenbesitz fehlt (D. 6, 2, 13, 1).[2])

b. Anwendungsfälle.

In der klassischen Zeit hatte die actio Publiciana in verschiedenen Anwendungsformen Bedeutung.

1. Wer eine res mancipi nicht — wie zur Erlangung des dominium ex iure Quiritium erforderlich gewesen wäre, S. 712 — durch mancipatio, sondern durch bloße traditio erlangt hatte, konnte sich als bloßer bonitarischer Eigentümer der rei vindicatio nicht bedienen, da „ipso iure" noch der Veräußerer Eigentümer war. Hier half ihm die Publiciana als utilis rei vindicatio und zwar nicht nur gegen einen dritten Besitzer, sondern auch gegen den, der noch das nudum ius Quiritium (S. 712) hatte, indem seine exceptio dominii mit der replicatio rei venditae et traditae (S. 713[5]) beseitigt wurde.

2. In dem eben erwähnten — für das justinianische Recht bedeutungslosen, S. 713[6] — Falle handelt es sich um den Schutz eines materiell rechtsbeständigen, aber mit einem formellen Mangel behafteten Erwerbs. Die actio Publiciana war aber ferner anwendbar bei einem formell rechtsbeständigen, aber mit einem materiellen Mangel behafteten Erwerb, wenn nämlich jemand eine Sache

esto. Si quem hominem A. A. emit et is ei traditus est, anno possedisset (die einjährige Ersitzungszeit an Mobilien aus den 12 Tafeln, S. 744), tum si eum hominem, quo de agitur, eius ex iure Quiritium esse oporteret (wenn er ihn ersessen hätte), si is homo A° A° arbitratu tuo non restituetur (S. 386), quanti ea res erit, tantam pecuniam Nm Nm A° A° c., s. n. p. a.

Vgl. D. 6, 2: De Publiciana in rem actione (anschließend an 6, 1: De rei vindicatione).

[2]) Nur wurde von dem Erfordernis, daß der Kläger schon im Besitze gewesen ist, zuweilen abgesehen, vgl. zB. D. 6, 1, 15. Ob dies auch für den Erwerb durch Legat und durch Adjudikation vom Nichteigentümer gilt, ist streitig (vgl. D. 6, 2, 1, 1 u. 2; 6, 1, 7, pr.).

vom Nichteigentümer (oder von einem nicht verfügungsfähigen Eigentümer, D. 6, 2, 7, 2) gutgläubig erworben hatte. Er wurde dann nicht Eigentümer, da nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet (S. 265), sondern erhielt nur den Ersitzungsbesitz. Daraus ergibt sich, daß die actio Publiciana in diesem Anwendungsfalle nur relative Bedeutung haben kann. Denn:

α. der Ersitzende muß die Sache bis zur Vollendung der Ersitzung dem wahren Eigentümer herausgeben (D. 6, 2, 17). Er wird also, wenn er gegen den wahren Eigentümer sich der Publiciana bedienen wollte, durch seine exceptio dominii zurückgewiesen, es sei denn, daß er diese durch eine replicatio rei venditae et traditae beseitigen kann (zB. wenn der Veräußerer einer fremden Sache die verkaufte Sache vindiziert, indem er sich auf später erlangtes Eigentum stützt, S. 742); und ferner:

β. er kann sich der Publiciana einem ebenfalls im Ersitzungsbesitze Befindlichen gegenüber nicht bedienen. Denn da in diesem Falle der Kläger seinen Anspruch darauf stützt, daß er sich — vor dem Besitzverlust — in der condicio usucapiendi befunden habe, und der Beklagte sich noch gegenwärtig in der condicio usucapiendi befindet, so sind die Parteien gleichberechtigt und der Beklagte als gegenwärtiger Besitzer behält die Sache nach dem Grundsatze: in pari causa melior est condicio possidentis (S. 372). Hiervon wird nur dann eine Ausnahme gemacht, wenn beide Teile von demselben Auktor (ab eodem non domino) erworben haben. Dann gilt derjenige als besserberechtigt, dem die Sache von dem gemeinschaftlichen Auktor zuerst übergeben worden ist. Der Kläger unterliegt also bei der Klage gegen einen anderen Ersitzungsbesitzer:

a. falls beide a diversis non dominis erworben hatten, stets;

b. falls beide ab eodem non domino erworben hatten, sofern er nicht früher als der Beklagte die Sache übergeben erhalten hat[3]).

[3]) D. 6, 2, 9, 4 (Ulpian): Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis Publiciana

3. Endlich hat die a. P. auch bei formell und materiell rechtsbeständigem Erwerb Bedeutung; denn da beim Eigentümer natürlich auch die Voraussetzungen des Ersitzungsbesitzes vorliegen, so kann es ihm selbstverständlich nicht verwehrt werden, seinen Anspruch statt auf Eigentum auf bloßen Ersitzungsbesitz zu stützen. Er vermeidet dadurch die Schwierigkeit des Eigentumsbeweises (probatio diabolica, S. 772). Ist der Beklagte freilich im Ersitzungsbesitze oder handelt es sich um eine ersitzungsunfähige Sache, so ist der Eigentümer genötigt, die rei vindicatio anzustellen.

c. Ziel und Umfang

der Publiciana sind die gleichen wie die der rei vindicatio (D. 6, 2, 7, 8).

Die a. P. ist in den Quellen nur als Klage auf Wiedererlangung des Ersitzungsbesitzes, also als utilis rei vindicatio, angeführt; sie kann aber als Publiciana negatoria (S. 783) auch zur Abwehr von Störungen des Ersitzungsbesitzes benutzt werden[4]).

---

uti possit, utrum is cui priori res tradita est an is qui tantum emit. et Iulianus libro septimo digestorum scripsit, ut, si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit cui priori res tradita est, quod si a diversis non dominis, melior causa sit possidentis quam petentis. quae sententia vera est. Freilich behauptet Neratius in D. 19, 1, 31, 2, daß der Ersterwerber stets, auch im Fall a vorgehe: Uterque nostrum eandem rem emit a non domino, cum emptio venditioque sine dolo malo fieret, traditaque est: sive ab eodem emimus sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior ius eius adprehendit, hoc est, cui primum tradita est. si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est (denn er ist dann Eigentümer geworden). Allein die Meinung des Ulpian verdient als die gerechtere den Vorzug.

[4]) Das BGB., für welches die Ersitzung wegen des Grundsatzes, daß der gutgläubige Erwerb vom Nichteigentümer in der Regel sofort Eigentum begründet (S. 741[9]), von geringer Bedeutung ist (S. 743[4]), gewährt dem Ersitzungsbesitzer keinen besonderen Rechtsbehelf, vgl. jedoch § 1007 (Klage aus früherem Besitze — nicht bloß Eigenbesitz — gegen den schlechtgläubigen, im Falle des Abhandenkommens auch gegen den gutgläubigen Besitzer).

Fünfter Titel. Miteigentum (BGB. §§ 1008—1011).

§ 132. Miteigentum.

a. Allgemeines[1]).

Das Eigentum als das vollkommene Herrschaftsrecht über eine Sache läßt ein gleichzeitiges Eigentum mehrerer dem vollen rechtlichen Inhalt und Umfange nach nicht zu: dominium plurium in solidum esse non potest (S. 710). Dagegen ist eine Beteiligung mehrerer an demselben einheitlichen Eigentumsrechte denkbar, und zwar in mehrfacher Weise.

1. Die inhaltlichen Befugnisse des Eigentums (Verfügung und Nutzung) sind zwischen zwei Personen geteilt, geteiltes Eigentum, S. 711[2].

2. Das eine Eigentumsrecht steht mehreren Berechtigten gemeinsam zu. Jeder hat sämtliche im Eigentume liegenden Befugnisse, jedoch beschränkt durch das Mitrecht der anderen, also in vollem Umfange nur mit den anderen zusammen. Dann liegt Miteigentum vor. Ein solches Miteigentum entsteht entweder (D. 10, 3, 2, pr.) durch Vertrag, insbesondere durch einen Gesellschaftsvertrag (societas, S. 620), oder durch rechtsgeschäftliche Anordnung eines Dritten, zB. unter mehreren Testamentserben oder Vermächtnisnehmern, oder durch nicht rechtsgeschäftliche Ereignisse, zB. gesetzliche Erbfolge, Verbindung, Vermischung, Schatzfund (communio incidens, S. 627).

Das Miteigentum kommt in zwei verschiedenen Rechtsformen vor:

α. als Miteigentum nach Bruchteilen (pro partibus indivisis, S. 262),

β. als Miteigentum ohne bestimmte Bruchteile oder zur gesamten Hand (S. 262[3]).

Ersteres ist das — hier allein zu behandelnde — Miteigentum des römischen, letzteres das Miteigentum des deutschen Rechts[2]).

---

[1]) D. 10, 3, C. 3, 37: Communi dividundo.

[2]) Das BGB., das beide Arten des Miteigentums kennt — die Rechte der Ehegatten bei Gütergemeinschaft und der Miterben sind zB.

b. Rechtsstellung der Miteigentümer.

1. Jeder Miteigentümer hat einen ziffermäßig bestimmten Anteil[8]), über den er — durch Veräußerung oder Belastung (D. 7, 6, 5, 2; 10, 3, 6, 9), soweit hierdurch nicht die Anteile der Miteigentümer betroffen werden, wie bei Servituten (D. 8, 1, 2) — selbständig verfügen und hinsichtlich dessen er alle Rechte des Eigentümers (rei vindicatio pro parte, S. 772) geltend machen kann (sog. Individualrecht). Im Zweifel sind die Anteilsrechte gleich. Streitig ist, ob als geteilt die Sache selbst (D. 50, 16, 25, 1) oder das Eigentumsrecht daran (D. 13, 6, 5, 15, so BGB.) anzusehen ist. Jeder Miteigentümer ist ferner zum Mitbesitz und zur anteilsweisen Nutzung berechtigt (D. 10, 3, 7, 10; 22, 1, 25, pr.).

Über die Sache als ganze dagegen kann nur die Gesamtheit der Miteigentümer verfügen, nicht etwa die Mehrheit. Vielmehr kann jeder einzelne Miteigentümer und wenn sein Anteil noch so klein wäre, durch seinen Widerspruch die Verfügung über die gemeinschaftliche Sache hindern (D. 10, 3, 28: in re pari potiorem causam esse prohibentis constat), so zB. auch jede Verbesserung der Sache (anders BGB. § 745). Die zur Erhaltung der Sache erforderlichen Maßnahmen darf jedoch jeder Gemein-

---

vorwiegend nach dem Prinzip der Gesamthand gestaltet, vgl. §§ 1438, 1445; 2032, 2033 Abs. 2, 2040 — spricht von Miteigentum nur im Sinne von Miteigentum nach Bruchteilen.

Die Ausdrücke condominium, condominus sind nicht quellenmäßig; die Quellen sprechen vielmehr von communio und socius.

[8]) Das ist aber nicht so aufzufassen, daß er nur zu diesem Anteil berechtigt ist; vielmehr erfaßt das Miteigentum gleich dem Alleineigentum (S. 710) begrifflich die Sache als ganze, nur daß das Miteigentum infolge der Konkurrenz der übrigen Berechtigten auf einen Bruchteil eingeschränkt wird (concursu fiunt partes; D. 32, 80). Die Folge davon ist, daß, sofern ein Miteigentümer durch Aufgeben seines Rechts fortfällt, die Anteile der übrigen sich von selbst erweitern (D. 41, 7, 3, Elastizität des Eigentums, S. 710) und daß ein Gewinn, den einer der Miteigentümer zu machen außer stande ist, ganz den übrigen zufällt (D. 45, 3, 1, 4).

schafter selbständig ergreifen und die hierfür aufgewendeten Kosten kann er erstattet verlangen.

2. Andererseits hat jeder Miteigentümer den seinem Anteil entsprechenden Teil der Kosten und Lasten der Sache zu tragen und dem Genossen, der sie verauslagt hat, zu erstatten. Die nicht rechtzeitig (binnen 4 Monaten) erledigte Erstattung von Reparaturkosten führt sogar Verwirkung des Eigentums zu Gunsten des Genossen, der sie bezahlt hat, herbei (D. 17, 2, 52, 10, C. 8, 10, 4; oben S. 734[6]).

3. Zur Regelung der aus dem Rechte zur gemeinsamen Nutzung und andererseits aus der Pflicht zur gemeinschaftlichen Tragung der Lasten sich ergebenden obligatorischen Beziehungen der Parteien (praestationes personales) sowie ferner zur Herbeiführung der (dinglichen) Teilung der Sache dient die S. 628 besprochene actio communi dividundo. Die Miteigentümer haften einander in Ansehung der Behandlung der Sache für culpa in concreto (diligentia quam suis, D. 10, 2, 25, 16).

Vierter Abschnitt. Erbbaurecht
(BGB. §§ 1012—1017).

§ 133. Superficies und Emphyteusis.

a. Allgemeines.

Dem Eigentum als dem begrifflich unbeschränkten dinglichen Recht an einer Sache stehen die iura in re aliena, die begrifflich beschränkten dinglichen Rechte an einer im Eigentum eines Anderen stehenden Sache gegenüber (S. 672). Unter ihnen gewähren zwei, die auf Gebäude bezügliche Superfizies und die auf landwirtschaftliche Grundstücke bezügliche Emphyteusis dem Berechtigten eine eigentumsähnliche Rechtsstellung: sie sind mit einer utilis rei vindicatio (utilis actio negatoria et confessoria) ausgerüstet und beschränken die Rechte des Eigentümers in einer so umfassenden Weise, daß im Mittelalter die Anschauung aufkommen konnte, der Eigentümer habe nur ein „Obereigentum" (dominium directum), während das wahre „nutzbare" Eigentum (dominium utile) den dinglich Berechtigten, dem Superfiziar und dem Emphyteuta, zustehe. Diese Lehre vom geteilten Eigentum widerspricht, wie schon S. 711[2] dargelegt, dem Begriffe des Eigentums als des begrifflich nicht beschränkten Herrschaftsrechts über eine Sache. In Wahrheit sind auch Superfizies und Emphyteuse nur dingliche Rechte an fremder Sache, wenn auch Rechte besonders umfassender Art[1]).

[1]) Das BGB. kennt nur die superficies unter dem Namen „Erbbaurecht" und bezeichnet dieses als ius in re aliena, nämlich als

b. Superficies.

1. Superficies (Platzrecht, im BGB. Erbbaurecht)[2]) ist das vererbliche und veräußerliche (auch verpfändbare) dingliche Recht, ein Gebäude oder eine sonstige Anlage dauernd auf fremdem Grund und Boden zu haben. Wer auf fremdem Boden (area) baute, machte nach dem Satze superficies solo cedit (S. 757) den Grundherrn zum Eigentümer des Gebäudes. Der Bauherr konnte sein Benutzungsrecht daher nur auf einen mit dem Grundherrn zu schließenden Mietvertrag zurückführen und war in der Tat anfänglich gleich einem Mieter auf die persönliche, also nur gegen den Grundherrn als Vermieter mögliche actio conducti angewiesen, entbehrte also dritten gegenüber eines dinglichen Schutzes völlig. Ein solcher war aber um so unentbehrlicher, als bei den auf lange Dauer berechneten Nutzungsverhältnissen die ursprüngliche Entstehung vielfach in Vergessenheit kam. Daher gewährte der Prätor dem Superfiziar zunächst ein — dem interdictum uti possidetis (S. 694) nachgebildetes (D. 43, 18, 1, 2) — interdictum de superficiebus[3]), später alle dem Eigen-

---

das veräußerliche und vererbliche Recht, auf oder unter der Oberfläche eines fremden Grundstücks ein Bauwerk zu haben (§ 1012). Für das Erbbaurecht, insbesondere für dessen Erwerb und Geltendmachung gelten jedoch die für Grundstücke gegebenen Vorschriften. Die Bestellung und Übertragung eines Erbbaurechts erfolgt also zB. durch Auflassung und Eintragung in das Grundbuch (§ 1015), in welchen es ein besonderes Grundbuchblatt erhalten kann (S. 709[1]).

Die Emphyteuse des rR. trat in Deutschland hinter den deutschrechtlichen Formen des erblichen Nutzungsrechts an landwirtschaftlichen Grundstücken (Lehen-, Erbzins- und Erbpachtrecht) völlig zurück. In der neueren Zeit haben sich diese ehemaligen iura in re aliena zu vollem Eigentum erweitert. Das BGB. nimmt in EG. Art. 63 hierauf Bezug. Über dies alles ist in D. §§ 79 ff. zu sprechen.

[2]) D. 43, 18: De superficiebus. Die Superfizies unterscheidet sich vom ususfructus und den beschränkten Nutzungsservituten (unten § 136) durch ihre Veräußerlichkeit und Vererblichkeit sowie durch ihren Umfang; von der Miete durch ihre Dinglichkeit.

[3]) D. 43, 18, 1, pr.: Uti ex lege locationis sive conductionis superficie qua de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero fruemini, quo minus fruamini, vim fieri veto.

tümer zustehenden Rechtsschutzmittel (rei vindicatio, negatoria, Publiciana, D. 6, 2, 12, 3), als utiles und nach der richtigen Meinung auch die possessorischen Rechtsbehelfe, da der Superfiziar, nicht der Grundherr als juristischer Besitzer zu betrachten ist (S. 675).

Entstanden ist die superficies zuerst auf dem ager publicus und dem Gemeindeland der Kommunen. Infolge der durch den Brand unter Nero entstandenen Wohnungsnot wurde auch Privaten die Verpachtung von Land zu Bauzwecken gestattet.

2. Für die Benutzung des Bodens wird regelmäßig ein Bodenzins (solarium) nach Art einer Miete gezahlt, es kann aber auch eine einmalige Abfindung des Grundherrn nach Art eines Kaufs stattfinden (D. 43, 18, 1, 1).

3. Möglich ist eine superficies auch an einem Stockwerk (coenaculum, D. 43, 17, 3, 7, anders BGB. § 1014); sonstige Anlagen (zB. Pflanzungen) werden als Gegenstände der Superfizies dagegen nicht erwähnt. Das einem Weide- oder Viehtränkeberechtigten zustehende Recht, auf einem Grundstück eine Hütte (tugurium) zu haben, wird nicht als Superfizies, sondern als Servitut behandelt (D. 8, 3, 6, 1).

4. Die Superfizies entsteht durch formlosen Vertrag (zu welchem nach manchen Übergabe hinzutreten muß, vgl. D. 43, 18, 1, 7), Ersitzung und letztwillige Verfügung (D. 30, 86, 4). Sie endet mit dem Untergange des Grundstücks, nicht aber des Gebäudes, das vielmehr im Falle der Vernichtung wieder hergestellt werden kann (ebenso BGB. § 1016).

5. Der Superfiziar hat die freie Verfügung über das Gebäude. Er kann die Superfizies veräußern, verpfänden (D. 20, 4, 15) und Servituten an ihr bestellen (D. 43, 18, 1, 9). Er trägt die an der Sache haftenden Lasten (D. 39, 2, 9, 4).

c. Emphyteusis.

Emphyteusis[4]) ist das vererbliche und veräußerliche

[4]) D. 6, 3: Si ager vectigalis, id est emphyteuticarius, petatur; C. 4, 66: De emphyteutico iure.

(auch verpfändbare) dingliche Recht auf dauernde Benutzung eines fremden fruchttragenden Grundstücks[48]).

1. Die Emphyteuse des justin. R. ist aus der Verschmelzung von Rechtsinstituten des weströmischen und des oströmischen Reichs entstanden. In Westrom verpachteten Gemeinden und Priesterschaften ihre Ländereien — agri vectigales — für immer oder doch auf lange Zeit gegen einen jährlichen Pachtzins (vectīgal). Nach Civilrecht hatte auch der Pächter eines solchen Grundstücks nur die actio conducti gegen den Grundherrn; der Prätor verlieh jedoch auch ihm eine actio in rem utilis (actio vectigalis) gegen dritte und damit dingliche Rechtsstellung (D. 6, 3, 1). Unter den römischen Juristen war es streitig, ob die vertragsmäßige Einräumung der Emphyteuse Kauf oder Pacht sei (G. 3, 145); nur bei der Auffassung als Pacht hatte der Bebauer ein Recht auf remissio mercedis wegen Mißwachses oder Verschlechterung des Grundstücks (S. 580).

Der weströmischen Erbpacht ähnlich war in Ostrom die namentlich seit Hadrian übliche emphyteusis (von ἐμφυτεύειν), worunter man die Erbverpachtung kaiserlicher Domänen — agri patrimoniales —, insbesondere zur Anpflanzung von Bäumen und Weinreben, nach griechischem Vorbilde gegen einen Grundzins (canon) verstand. Weiterhin wurden auch Kirchengüter und schließlich auch Grundstücke Privater zur Emphyteuse ausgegeben.

Das weströmische und das oströmische Institut wurden von Justinian miteinander verschmolzen. Der Streit über die Rechtsnatur der Emphyteuse wurde schon vorher vom Kaiser Zeno (476—482) dahin gelöst, daß die Emphyteuse weder Kauf noch Pacht, sondern ein Konsensualkontrakt eigener Art sei (contractus emphyteuticarius), die Gefahr des Untergangs der Grundherr, die der Fruchtbestellung aber allein der Bebauer zu tragen habe (C. 4, 66, 1).

[48a]) Die Emphyteuse unterscheidet sich durch ihre Vererblichkeit und Veräußerlichkeit vom Ususfruktus, durch ihre Dinglichkeit von der Zeitpacht.

2. Die Emphyteuse entsteht durch Vertrag, der schriftlich sein muß, wenn es sich um Kirchengut handelt (Nov. 120, 6, 2) oder die Pachtbedingungen von den gesetzlichen Vorschriften abweichen (C. 4, 66, 1). Ob auch das dingliche Recht durch den bloßen Vertrag entsteht oder hierzu Übergabe erforderlich ist, ist, wie bei der Superfizies, streitig, ebenso ob der Emphyteuta als juristischer Besitzer zu betrachten ist (S. 675).

3. Der Emphyteuta erwirbt die Früchte schon mit der Separation (D. 22, 1, 25, 1), während der Nießbraucher sie erst mit der Perzeption erlangt (S. 765). Ob die Eigentümerhälfte an einem Schatz auf dem zur Emphyteuse ausgeliehenen Grundstücke dem Grundherrn oder dem Emphyteuta zufällt, ist streitig.

4. Einen besonderen Endigungsgrund bildet die Entsetzung (Privation) des Emphyteuta, welche — ohne daß er für seine „Meliorationen" Ersatz erhält, C. 4, 66, 2, 1 — zulässig ist, wenn der Emphyteuta:

α. das Grundstück erheblich verschlechtert (Nov. 7, Nov. 120, 8);

β. 3 (bei Kirchengut 2) Jahre den jährlichen Grundzins (canon) nicht zahlt oder die Grundsteuern nicht entrichtet (C. 4, 66, 2, 2, Nov. 7, 3, 2, Nov. 120, 8);

γ. eine Veräußerung unter Verletzung der für diese bestehenden Vorschriften vornimmt (C. 4, 66, 3). Der Emphyteuta muß nämlich im Fall eines Verkaufs die Verkaufsbedingungen dem Grundherrn vorlegen, der binnen 2 Monaten ein ihm kraft Gesetzes zustehendes Vorkaufsrecht (ius protimiseos) ausüben, d. h. erklären kann, daß er in den Kauf an Stelle des Käufers unter Übernahme der von diesem eingegangenen Verpflichtungen eintrete. Aus erheblichen Gründen kann er die Genehmigung zur Veräußerung versagen. Nimmt er aber den neuen Emphyteuta an, so kann er von dem Veräußerer eine Besitzveränderungsabgabe (quinquagesimum, laudemium, d. h. laudatio emptionis) von 2 % des Wertes des Grundstücks verlangen.

Fünfter Abschnitt. Dienstbarkeiten
(BGB. §§ 1018—1093).

§ 134. Dienstbarkeiten. Allgemeines.

a. Begriff und Arten.

Dienstbarkeiten (Servituten) sind dingliche Nutzungsrechte an fremder Sache zu Gunsten bestimmter Grundstücke oder bestimmter Personen. Nach dem berechtigten Subjekt unterscheidet man daher[1]):

1. Grunddienstbarkeiten (Prädialservituten), die ein Grundstück zu Gunsten eines anderen Grundstücks, d. h. seines jeweiligen Eigentümers, belasten (unten § 135); und

2. Persönliche Dienstbarkeiten (Personalservituten), die einen Gegenstand (Grundstück, bewegliche Sache, Recht) zu Gunsten einer bestimmten Person belasten, indem sie dieser den Gebrauch oder die Nutzung des Gegenstands gewähren:

α. entweder in vollem Umfange (Nießbrauch, usus-fructus, unten § 136 a); oder

---

[1]) D. 8, 1, 1: Servitutes aut personarum sunt, ut usus et usus fructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum. Im engeren Sinne verstanden die Römer unter den Servituten nur die Grunddienstbarkeiten.

Das BGB. gibt keine einheitlichen Vorschriften für die Dienstbarkeiten, sondern behandelt in gesonderten Titeln: Grunddienstbarkeiten (§§ 1018—1029), Nießbrauch (§§ 1030—1089), beschränkte persönliche Dienstbarkeiten (§§ 1090—1093).

β. beschränkt (beschränkte persönliche Nutzungsrechte, usus, habitatio, operae, unten § 136 b).[2])

b. Allgemeine Grundsätze.

Für alle Arten von Servituten gelten gewisse aus ihrem Wesen abgeleitete Grundsätze, die man herkömmlich durch die nachstehenden Rechtssprüchwörter kennzeichnet:

1. Servitus in faciendo consistere nequit, d. h. eine Servitut kann nach rR. als dingliches, also sich unmittelbar gegen eine Sache richtendes Recht, immer nur auf ein Dulden (pati) oder ein Unterlassen (non facere) des Eigentümers der belasteten Sache, nicht auf eine positive Leistung desselben (facere) gehen.[3])[4])

---

[2]) Die Servituten sind die einzigen iura in re aliena des alten Civilrechts; die übrigen gehören der späteren Rechtsentwickelung an. So erklärt es sich, daß nur sie als „servitutes" bezeichnet werden, während eine „Dienstbarmachung" fremden Eigentums bei allen iura in re aliena, also auch bei Superfizies, Emphyteuse und Pfandrecht stattfindet.

Die Servituten unterscheiden sich:

a. von Superfizies und Emphyteuse dadurch, daß bei diesen das Eigentum hinter dem Nutzungsrecht völlig zurücktritt, während die Servituten es nur in bestimmten Richtungen beschränken;

b. vom Pfandrechte dadurch, daß dieses die Entziehung des Eigentums, die Servitut nur seine Beschränkung herbeiführen kann;

c. von den persönlichen Gebrauchs- und Nutzungsrechten (Miete, Pacht, Leihe) dadurch, daß diese nur persönliche, die Servituten dingliche Rechte sind.

[3]) D. 8, 1, 15, 1: Servitutium non ea natura est, ut aliquid faciat quis, velut viridia (Gewächse) tollat aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur aut non faciat. Dagegen kennt das deutsche Recht in den Reallasten (unten S. 819) dingliche Rechte an fremden Sachen, die auf ein Tun des jeweiligen Sacheigentümers gehen.

[4]) Vom Standpunkte des Berechtigten aus bezeichnet man die auf ein pati gerichteten Servituten, weil sie das Recht zu einem Tun (zB. ire, agere) oder einem Haben (zB. tignum immissum habere) verleihen, als affirmative, die auf ein non facere gerichteten Servituten, weil sie den Berechtigten zu einem Verbieten ermächtigen (zB. ne aedificium altius tollatur), als negative.

Eine andere Einteilung der Servituten ist die in ständige (continuae), die jederzeit (zB. eine Wegegerechtigkeit), und un-

Über die eine Ausnahme von dieser Regel bildende servitus oneris ferendi vgl. unten S. 801[4].

2. Nulli res sua servit (D. 8, 2, 26), d. h. eine Servitut als ius in re aliena kann begrifflich nicht an der eigenen Sache des Berechtigten bestellt werden und erlischt daher durch confusio (beim Nießbrauch consolidatio genannt, unten § 138), wenn Eigentum und Servitutenrecht in einer Person zusammenfallen.

3. Servitutibus civiliter utendum est (D. 8, 1, 9), d. h. der Berechtigte soll die Servitut, vor allem eine Prädialservitut (unten § 135), in einer die Interessen des Eigentümers möglichst schonenden Weise („pfleglich") ausüben (ähnlich BGB. § 1020.

4. Servitus servitutis esse non potest, d. h. an der — grundsätzlich unübertragbaren — Servitut kann nicht wieder eine Servitut bestellt werden[5]).

§ 135. Grunddienstbarkeiten.

a. Begriff.

Grunddienstbarkeit (Prädialservitut, vgl. D. 8, 4: Communia praediorum tam urbanorum quam rusticorum) ist das dem jeweiligen Eigentümer[1]) eines Grund-

---

ständige (discontinuae), die nur zu gewissen Zeiten oder bei bestimmten Gelegenheiten ausgeübt werden können (zB. eine Weidegerechtigkeit, ein Recht auf Sommerbewässerung, aqua aestiva).

Eine dritte Einteilung ist die in serv. apparentes s. qualificatae und serv. simplices, je nachdem zu Zwecken der Servitut eine sichtbare Anlage vorhanden ist (zB. serv. aquaeductus) oder nicht (zB. serv. altius non tollendi).

Alle diese Einteilungen haben ihre wesentliche Bedeutung für die Grunddienstbarkeiten.

[5]) Vgl. D. 33, 2, 1, pr.: Nec usus nec usus fructus itineris actus viae aquaeductus legari potest, quia servitus servitutis esse non potest; etwas eingeschränkt D. 8, 3, 33, 1.

[1]) Früher faßte man das herrschende Grundstück selbst als das berechtigte Subjekt, also als eine juristische Person auf (S. 239[11]). Nun wird zwar in den Quellen häufig gesagt, die Servitut stehe dem Grundstücke zu (zB. D. 8, 1, 12); aber vielfach wird auch der Eigen-

stücks (herrschendes Grundstück, praedium dominans) zustehende dingliche Recht, im Interesse der besseren Bewirtschaftung und Benutzbarkeit dieses Grundstücks ein anderes (dienendes Grundstück, praedium serviens) in einzelnen Beziehungen benutzen zu dürfen (BGB. § 1018). Aus diesem Zwecke ergeben sich folgende Begriffsmerkmale und Voraussetzungen der Grunddienstbarkeiten:

1. Servitus fundo utilis esse debet (D. 8, 5, 5). Das bedeutet:

α. Die Servitut muß den Ertrags- oder Verkaufswert des herrschenden Grundstücks steigern (fundo utilis, vgl. BGB. § 1019). Doch genügt auch eine bloße Annehmlichkeit (zB. eine Wasserkunst amoenitatis causa, D. 43, 20, 3, pr.);

β. der Vorteil muß dem Grundstück als solchem zu gute kommen (fundo utilis), also jedem, nicht bloß einem bestimmten Eigentümer desselben (D. 8, 1, 8, pr.; 8, 1, 19).

2. Praedia vicina esse debent, d. h. die beteiligten Grundstücke müssen so nahe zusammenliegen, daß eine Benutzung des einen für die Zwecke des anderen möglich ist[2]).

3. Servitutis causa perpetua esse debet (D. 8, 2, 28), d. h. das dienende Grundstück muß nach seiner natürlichen Beschaffenheit die dauernde Möglichkeit der Servitutenausübung gewährleisten (daher zB. keine Wasserschöpfgerechtigkeit an einer Cisterne, D. 43, 22, 1, 4). Anfänglich konnte eine Grunddienstbarkeit auch weder unter einer Bedingung, noch unter einer Zeitbestimmung bestellt werden (D. 8, 1, 4, pr.).

---

tümer des praedium dominans als der Servitutberechtigte bezeichnet (zB. D. 8, 2, 17, 3) und jener Konstruktion widerspricht vor allem, daß es hierbei unverständlich wäre, weshalb die Servitut im Falle der Vereinigung beider Grundstücke in der Hand desselben Eigentümers durch Konfusion untergeht (S. 816).

[2]) D. 8, 3, 7, 1. Unmittelbare Nachbarschaft ist nicht immer erforderlich, sondern es genügt bisweilen Utilität; vgl. D. 8, 5, 5; 8, 2, 1, pr.; 8, 3, 38.

b. Einteilung.

Die Prädialservituten können sein: Serv. praediorum rusticorum (Felddienstbarkeiten) und urbanorum (Gebäudedienstbarkeiten). Maßgebend ist die Beschaffenheit des herrschenden Grundstücks, nicht seine örtliche Lage (S. 256). Zu Gunsten einer Villa auf dem Lande können grundsätzlich (vgl. jedoch zB. D. 8, 2, 20, 1; 43, 20, 1, 11) nur Gebäudeservituten, zu Gunsten eines Parkes in der Stadt nur Feldservituten bestehen.

1. Felddienstbarkeiten (D. 8, 3) sind zB.:

α. die Wege- und Wasserrechte[8]): iter (Fußweg), actus (Viehtrift), via (Fahrweg), aquaeductus (Wasserleitungsgerechtigkeit, sei es aquae cottidianae oder aestivae, D. 8, 3, 15), aquaehaustus (Wasserschöpfgerechtigkeit), pecoris ad aquam appulsus (Viehtränkegerechtigkeit, D. 8, 3, 4);

β. die Weide- und Waldservituten (pecoris pascendi, D. 8, 3, 3, pr. u. 4, silvae caeduae, 8, 3, 6, 1);

γ. Servituten auf Entnahme von Bodenbestandteilen (calcis coquendae, cretae — Kreide — eximendae, D. 8, 3, 5, 1).

---

[8]) Die drei Wegerechte iter, actus, via und der aquaeductus bildeten die vier ältesten Servituten des rR. und zählten zu den res mancipi (S. 241).

Über das Verhältnis der drei Wegerechte vgl. D. 8, 3, 1, pr.: Servitutes rusticorum praediorum sunt hae: iter actus via aquaeductus. iter est ius eundi ambulandi homini, non etiam iumentum agendi. actus est ius agendi vel iumentum vel vehiculum: itaque qui iter habet, actum non habet, qui actum habet, et iter habet etiam sine iumento. via est ius eundi et agendi et ambulandi: nam et iter et actum in se via continet. Die normale Breite der via war — mangels anderweitiger Bestimmung, D. 8, 3, 23, pr. — schon in den 12 Tafeln in der geraden Linie („in porrectum") auf 8, in der Biegung („in anfractum", D. 8, 3, 8) auf 16 Fuß bestimmt. Die via muß ferner in der Höhe mindestens so weit frei sein, daß man „hastam rectam ferre" kann (D. 8, 3, 7, pr.). Der Wegezug kann bestimmt (determinatus) oder unbestimmt (indeterminatus) sein (D. 8, 3, 13, 1). Über Bestimmung des Wegezugs durch den Richter vgl. D. 8, 3, 13, 1.

2. Gebäudedienstbarkeiten (D. 8, 2).

α. Befugnisse zu baulichen Anlagen auf fremdem Grundstücke, zB. serv. tigni immittendi, d. h. die Befugnis, den zum eigenen Bau gehörigen Balken oder Träger in die Wand des Nachbarn einzufügen; serv. oneris ferendi, d. h. die Befugnis, sein Gebäude auf das Gebäude (Mauer, Pfeiler, Säule) des Nachbarn zu stützen mit dessen Verpflichtung, das stützende Bauwerk in gutem Zustande zu erhalten[4]); serv. protegendi oder proiiciendi, d. h. die Befugnis, eine Anlage (zB. Balkon — maeniana —, Vordach — suggrunda —, Tür) in des Nachbarn Luftraum hineinragen zu lassen (vgl. D. 50, 16, 242, 1); serv. luminum, d. h. das Recht, ein Fenster in einer fremden Mauer zu haben (D. 8, 2, 4).

β. Rechte zu Immissionen, zB. das Traufrecht (serv. stillicidii immittendi oder fluminis, je nachdem der Ablauf ohne Zuleitung durch eine Rinne, fistulae, oder durch eine solche erfolgt); serv. cloacae, latrinae, fumi immittendi (D. 8, 5, 8, 5; S. 719[4]).

γ. Verbietungsrechte, zB. serv. altius non tollendi auf Untersagung des Höherbauens überhaupt oder über eine gewisse Höhe, und das Recht auf Untersagung von Anlagen, die den Fenstern das Licht oder die Aussicht entziehen: serv. ne luminibus oder ne prospectui officiatur (D. 8, 2, 15).[5])

---

[4]) Dies ist der einzige Fall, in welchem eine Servitut — auch soweit eine bloße Reparaturpflicht in Frage steht — auf ein facere gehen kann (S. 797); vgl. D. 8, 5, 6, 2: Etiam de servitute, quae oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit, ut et onera ferat et aedificia reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est. et Gallus putat non posse ita servitutem imponi, ut quis facere aliquid cogeretur, sed ne me facere prohiberet: nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem adserit, non ad eum, cuius res servit. sed evaluit Servi sententia, in proposita specie ut possit quis defendere ius sibi esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda. Vgl. BGB. §§ 1021, 1022.

[5]) In den röm. Quellen finden sich merkwürdigerweise Befugnisse, die sich aus dem Eigentum an einem Gebäude von selbst ergeben,

c. Umfang und Inhalt.

1. Die Grunddienstbarkeit muß nach Umfang und Inhalt bestimmt sein. Der Servitutberechtigte kann aber auch die nicht ausdrücklich eingeräumten, aber für ihn unentbehrlichen Befugnisse ausüben (adminicula servitutis, vgl. D. 8, 4, 11).

2. Die Grunddienstbarkeit kann von dem herrschenden Grundstücke weder dem Rechte noch der Ausübung nach getrennt werden (D. 19, 2, 44: locare servitutem nemo potest). Sie geht daher rechtsnotwendig auf jeden Erwerber des praedium dominans über (D. 8, 4, 12; 18, 1, 47; 41, 1, 20, 1).

3. Grunddienstbarkeiten sind unteilbar[6]).

---

als Gegenstände besonderer Servituten, so eine servitus altius tollendi, luminibus officiendi, stillicidii non recipiendi (D. 8, 2, 2), während doch das Recht zum Höherbauen usw. aus dem Begriffe des Eigentums folgt und daher die Begründung einer darauf hinzielenden Servitut unverständlich ist. Vermutlich handelte es sich bei diesen „ungewöhnlichen" Gebäudeservituten um Orte, in denen durch Baupolizeiordnungen für den Nachbarn ein Recht zum Höher- oder Vorbauen oder ein Traufrecht allgemein ausgeschlossen war, sodaß die Befreiung hiervon zu Gunsten einzelner Grundstücke in der Form einer Servitut festgesetzt werden mußte.

[6]) Das bedeutet: Grunddienstbarkeiten können weder für einen ideellen Teil eines Grundstücks noch an einem solchen begründet werden (D. 8, 3, 32: per partes nec adquiri nec imponi servitutes possunt), sondern nur für und gegen das ganze Grundstück. Deshalb tritt auch keine (teilweise) Konfusion ein, wenn ein Miteigentümer des herrschenden Grundstücks das dienende erwirbt und umgekehrt (D. 8, 1, 8, 1: per partes servitus retinetur). Zulässig ist dagegen die Beschränkung auf einen reellen Teil (D. 8, 1, 6: Ad certam partem servitus tam remitti quam constitui potest: vgl. D. 8, 3, 13, 1 ff.; 8, 6, 6, 1). Vgl. BGB. § 1009.

Für den Fall einer reellen Teilung ist zu unterscheiden:

a. Das herrschende Grundstück wird geteilt. Dann steht die Servitut jedem der Teilgrundstücke zu, und zwar jedem ganz, wenn sie eine ungemessene, d. h. nicht auf ein bestimmtes Maß eingeschränkt war, wie eine Wegegerechtigkeit (sofern die Belastung dadurch nicht erhöht wird) und jedem verhältnismäßig, wenn sie eine gemessene, d. h. ihrem Umfange nach beschränkt war, zB. eine auf eine bestimmte Viehzahl beschränkte Weideservitut (vgl. D. 8, 3, 25).

4. Die Grunddienstbarkeit darf nur für das Bedürfnis des herrschenden Grundstücks benutzt werden[7]). Ob das Bedürfnis zur Zeit der Begründung der Servitut oder das jeweilige Bedürfnis maßgebend ist, ist streitig[8]).

§ 136. Persönliche Dienstbarkeiten.

Persönliche Dienstbarkeiten des rR. sind der Nießbrauch, d. h. das Gebrauchs- und Nutzungsrecht an einer fremden Sache (ususfructus), das bloße Gebrauchsrecht (usus), das Wohnrecht (habitatio) und der Gebrauch der Dienste von Tieren und Sklaven (operae).[1]) Ihnen allen ist gemeinsam, daß sie „höchstpersönliche Rechte" (iura personalissima), d. h. an die Person des Berechtigten gebunden sind, daher seine Lebenszeit keinenfalls überdauern können, also unvererblich und (jedenfalls dem Rechte, meist sogar auch der Ausübung nach, s. u.) unveräußerlich sind, abgesehen von der Rückübertragung an den Eigentümer selbst.

Gereicht jedoch die Servitut nur einem bestimmten Teile des herrschenden Grundstücks zum Vorteil, so erlischt sie auf den nicht beteiligten Grundstücken; es bleibt zB. eine für das Schloß eines Landguts bestehende Aussichtsgerechtigkeit im Falle der Teilung des Guts allein bei der das Schloß tragenden Parzelle (ebenso BGB. § 1025).

b. Das dienende Grundstück wird geteilt. Dann gilt entsprechendes. Die ungemessene Servitut belastet ganz, die gemessene verhältnismäßig jedes Teilgrundstück; lastet die Servitut nur auf einer bestimmten Parzelle, so werden die übrigen frei (ebenso BGB. § 1026).

[7]) Bei einer Servitut auf Entnahme von Bodenbestandteilen ist zB. eine Entnahme zum Zwecke des Weiterverkaufs unzulässig; vgl. D. 8, 3, 5, 1 ff. (ebenso BGB. § 1019 Satz 2).

[8]) Grunddienstbarkeiten gelten als so regelmäßige Belastungen der Grundstücke, daß im Falle des Verkaufs der Verkäufer für sie nur dann einzustehen hat, wenn er sie dolos verschwiegen oder die Servitutenfreiheit des verkauften Grundstücks als eines „fundus optimus maximus" ausdrücklich garantiert hat (S. 554[3]).

[1]) Ob es auch ein besonderes bloßes Fruchtrecht (fructus) gegeben habe, ist streitig. Dagegen können, außer den 4 „typischen" Personalservituten, Befugnisse, die sich gewöhnlich nur als Prädialservituten finden, zu Gunsten einer bestimmten Person, also als Personalservituten bestellt werden (sog. irreguläre Personalservituten), vgl. S. 810[12].

a. Ususfructus[2]).

1. Begriff und Arten.

Usus fructus[3]) est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia (D. 7, 1, 1, BGB. § 1030). Begriffsmerkmale des Nießbrauchs sind hiernach:

α. ein dingliches, einer bestimmten Person höchstens auf ihre Lebenszeit zustehendes Recht auf Gebrauch und Nutzung einer fremden fruchttragenden Sache, mit der Beschränkung, daß diese Benutzung

β. ohne Minderung ihrer Substanz[4]) erfolgen muß.

Aus dem letzteren Erfordernis ergibt sich, daß an Sachen, deren bestimmungsgemäßer Gebrauch in ihrem Verbrauch besteht, nämlich an verbrauchbaren Sachen (S. 260), ein wahrer Nießbrauch unmöglich ist. Dies war auch der Standpunkt des älteren rR. In der ersten Kaiserzeit wurde jedoch durch einen Senatsschluß das Legat des Nießbrauchs an allen Gegenständen des Vermögens und so auch an verbrauchbaren Sachen, insbesondere an Geld zugelassen (D. 7, 5, 1; 35, 2, 69). Dies wurde in der Weise konstruiert, daß der Nießbraucher Eigentümer der verbrauchbaren Sachen unter der — durch Bürgen sicher zu stellenden (S. 421) — Verpflichtung gleichwertiger Rückgewähr

---

[2]) I. 2, 4: De usu fructu; D. 7, 1: De usu fructu et quemadmodum quis utatur fruatur, vgl. D. 7, 2—6; C. 3, 33: De usu fructu et habitatione et ministerio servorum.

[3]) Zwei ohne Kopula nebeneinander gestellte, häufig auch als ein Wort geschriebene Substantiva. In den Quellen wird fructus häufig für ususfructus gebraucht, indem auch der usus als Frucht betrachtet wird (D. 7, 8, 14, 1); der Nießbraucher wird daher auch fructuarius genannt.

Gemeinrechtlich nannte man den Nießbrauch (an fremder Sache) ususfructus formalis, im Gegensatze zu dem aus dem Eigentume folgenden Nutzungsrechte, dem ususfructus causalis (vgl. D. 7, 6, 5, pr.).

[4]) In einigen Ausnahmefällen hat der Nießbraucher ein gewisses Verfügungsrecht auch über die Substanz der Sache (nach Kohler: „Dispositionsnießbrauch"), so zB. der Vater am peculium adventicium regulare der Hauskinder (unten § 152 b 2).

oder des Werterſatzes (D. 7, 5, 7) bei Beendigung des Nießbrauchs wurde[5]). Der juriſtiſche Charakter dieſes ſog. Quaſiuſusfrukts iſt ein ganz anderer als der des wahren Nießbrauchs. Denn es handelt ſich hierbei nicht mehr um ein dingliches Gebrauchs- und Nutzungsrecht an einer fremden Sache. Dagegen iſt der wirtſchaftliche Zweck des quasi usufructus der gleiche wie der des verus usufructus, nämlich die zeitweilige Nutzbarmachung eines einem Anderen gehörenden Vermögensguts[6]).

Auf Grund des Senatuskonſults wurde ein Quaſiuſusfrukt auch an unkörperlichen Sachen, beſonders an Forderungen (usufructus nominis, D. 7, 5, 3)[7]) zugelaſſen. Auch an einem Geſamtvermögen (usufructus bonorum, Nachlaß, D. 33, 2, 24, pr. u. 37) oder an einer Quote desſelben kann demnach ein Nießbrauch beſtellt werden, mit der Wirkung, daß er nach der Beſchaffenheit der einzelnen Objekte teils als verus usufructus, teils

---

[5]) Vgl. D. 7, 5: De usufructu earum rerum quae usu consumuntur vel minuuntur. Ähnlich BGB. § 1067. Vom unverzinslichen Darlehen unterſcheidet ſich die Hingabe von Geld zum Nießbrauch begrifflich durch die bei der Überlaſſung des Geldes vorwaltende Abſicht der Beteiligten, praktiſch dadurch, daß für das zum Nießbrauch gegebene Geld für Kautionspflicht, Einreden (keine exceptio SC. Macedoniani, S. 589) und Rückgabe die Grundſätze vom Nießbrauch, nicht die vom Darlehen anzuwenden ſind. Ähnliche Rechtsverhältniſſe liegen beim depositum irregulare (S. 616) vor.

[6]) Vgl. D. 7, 5, 2, 1: Quo senatus consulto non id effectum est, ut pecuniae ususfructus proprie esset (nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit), sed remedio introducto coepit quasi ususfructus haberi. Ob der Nießbrauch an Kleidern als eigentlicher (l. 2, 4, 2) oder uneigentlicher (D. 7, 1, 15, 4 und D. 7, 9, 9, 3) zu behandeln iſt, d. h. ob Kleider Konſumtibilien ſind (S. 261), iſt zweifelhaft.

[7]) Beim ususfructus nominis erhält der Nießbraucher das Recht auf die Zinſen, falls die Forderung verzinslich iſt, ſowie das Recht bei Fälligkeit gegen Kautionsſtellung die Forderung einzuziehen; geht dieſe auf unverbrauchbare Sachen, ſo entſteht alsdann ein verus, ſonſt ein quasi usufructus. Wird jemandem der Nießbrauch ſeiner Schuld zugewendet, ſo braucht er während des Beſtehens des Nießbrauchs weder Zinſen zu zahlen, noch die Schuld zurückzuzahlen (D. 7, 5, 3 u. 4). Vgl. BGB. §§ 1074 ff.

als quasi ususfructus zu betrachten ist. Der Nießbrauch an einem Vermögen erstreckt sich auf den Nettobetrag desselben nach Abzug der Schulden (D. 33, 2, 43 und 35, 2, 69; vgl. BGB. §§ 1085 ff.).

2. Umfang des Nießbrauchsrechts.

α. Der Usufruktuar hat Anspruch auf die Nutzungen der Sache (und ihres Zubehörs, D. 7, 1, 9, 7, BGB. § 1031), d. h. auf ihren bestimmungsgemäßen Ertrag, wozu nicht gehören (S. 251): Fell und Fleisch verendeter Tiere (D. 7, 4, 30), der Schatz (D. 24, 3, 7, 12, ebenso BGB. § 1040), der partus ancillae (D. 5, 3, 27, pr.: quia non temere ancillae eius rei causa comparantur ut pariant; D. 7, 1, 68, pr.: neque enim in fructu hominis homo esse potest), der Windbruch beim Waldnießbrauch (D. 7, 1, 12, pr., anders BGB. § 1039), die insula in flumine nata (D. 7, 1, 9, 4: „esse enim veluti proprium fundum"), wohl aber die sonstigen Accessionen (S. 758). Beim Nießbrauch an einem Sklaven erhält der Usufruktuar nur, was der Sklave ex operis suis oder ex re fructuarii erwirbt (I. 2, 9, 4).

β. Der Nießbraucher darf die Sache nur „boni viri arbitratu" (D. 7, 9, 1, 3), d. h. so nutzen wie ein verständiger Eigentümer. Er darf sie daher nicht ihrer Bestimmung entgegen verwenden (D. 7, 1, 12, 1 u. 13, 8) und ebensowenig völlig umgestalten (zB. aus einem Blumengarten einen Obstgarten machen, D. 7, 1, 13, 4); vgl. ebenso BGB. § 1036 Abs. 2.

γ. Der Eigentümer behält die nuda proprietas, kann über diese aber soweit verfügen, als der Nießbrauch dadurch nicht beeinträchtigt wird, sie also veräußern, verpfänden und mit Dienstbarkeiten belasten (D. 7, 1, 15, 7 u. 16). Er bleibt auch juristischer Besitzer, der Nießbraucher hat jedoch die Innehabung und Rechtsbesitz (S. 706; vgl. BGB. § 1036 Abs. 1).

δ. Der Nießbraucher erwirbt die natürlichen Früchte erst durch deren Einsammlung (Perzeption, D. 7, 1, 12, 5, S. 765; anders BGB. § 954). Auf die bei Beendigung

seines Nießbrauchs stehenden Früchte hat er somit keinerlei Anspruch, auch wenn er die Bestellung bewirkt hatte (D. 7, 4, 13; anders BGB. §§ 1055 Abs. 2, 592). Über seinen Erwerb an Tierjungen vgl. S. 765[2].

Bei juristischen Früchten tritt, wenn der Nießbrauch innerhalb einer Zahlungsperiode endet, entsprechende Teilung zwischen Eigentümer und Nießbraucher ein (D. 7, 1, 26).

3. Verpflichtungen des Nießbrauchers.

Der Nießbraucher hat dem Eigentümer allen durch seine und seiner Leute (D. 7, 1, 65, pr.) unbefugte Benutzung der Sache erwachsenen Schaden zu ersetzen (ebenso BGB. § 1050), die laufenden Lasten[8]) zu tragen (D. 7, 1, 27, 3, ähnlich BGB. §§ 1041 ff.) und die Sache nach Beendigung des Nießbrauchs dem Eigentümer zurückzugewähren (ebenso BGB. § 1055). Die Erfüllung dieser Verpflichtungen muß er — da dem Eigentümer sonst eine Klage fehlen würde (vgl. die ähnliche Gestaltung bei der cautio damni infecti, S. 719) — durch stipulatio übernehmen und durch Bürgen (satisdatio) sicher stellen (sog. cautio usufructuaria).[9]) Bis dies geschehen, braucht der Eigentümer

---

[8]) Beim Nießbrauch an Gebäuden hat er die kleineren Reparaturen zu bewirken (D. 7, 1, 7, 2), bei Herden den Abgang aus den Jungen zu ersetzen (sog. Summission, D. 7, 1, 68, 2 ff.); bis zur Entscheidung über die Summission ist das Eigentum an den Tierjungen schwebend (D. 7, 1, 70, 1; vgl. S. 714[7]). Für übermäßige Verwendungen auf die Nießbrauchsache kann der Nießbraucher nach den Vorschriften über die negotiorum gestio Ersatz verlangen (C. 3, 33; BGB. § 1049).

[9]) D. 7, 9: Usufructuarius quemadmodum caveat; vgl. D. 7, 9, 1, pr.: et usurum se boni viri arbitratu et, cum usus-fructus ad eum pertinere desinet, restituturum quod inde exstabit.

Die Verpflichtung zur Bürgschaftsstellung fällt jedoch fort:

a. wenn der Nießbraucher nach einer bestimmten Zeit auch das Eigentum erhält (D. 7, 9, 9, 2);

b. für den Vater hinsichtlich des ihm am Vermögen seiner Kinder zustehenden gesetzlichen Nießbrauchs (C. 6, 61, 8, 4);

c. für den Ehemann, dem ein Nießbrauch als Dos bestellt ist (C. 5, 20, 2);

ihm die Sache nicht herauszugeben und kann sie, falls dies schon geschehen, mit der rei vindicatio zurückfordern oder auch die Kautionsbestellung mit einer condictio incerti verlangen (D. 7, 1, 13, pr.; 7, 9, 7, pr.). Zwecks Beweises für den Restitutionsanspruch sind Nießbraucher und Eigentümer bei Beginn des Nießbrauchs einander verpflichtet, auf Feststellung des Zustands und Inventarisierung der Nießbrauchsachen mitzuwirken (D. 7, 9, 1, 4; BGB. §§ 1034, 1035).

4. Übertragbarkeit.

Eine Vererbung des Nießbrauchs, sowie eine Übertragung (oder Verpfändung) des Nießbrauchs *seiner Substanz nach* ist durch seine Natur als einer Personalservitut ausgeschlossen (S. 803, D. 7, 4, 3, 3: personae cohaeret, BGB. § 1061; vgl. jedoch D. 7, 4, 5, pr., Erstreckung des Nießbrauchs auf den Erben). Dagegen kann er *der Ausübung nach* übertragen (zB. durch Vermietung oder Verpachtung der Sache, D. 7, 1, 12; ebenso BGB. § 1059) und insoweit auch verpfändet werden (D. 20, 1, 11, 2). Hierbei erhalten der Nießbrauchscessionar und der Nießbrauchspfandgläubiger nicht nur einen obligatorischen Anspruch gegen den Nießbraucher, sondern die dingliche Rechtsstellung des Nießbrauchers (anders BGB.). Nur bleibt natürlich für die Beendigung des Nießbrauchs und die Pflicht zur Bestellung der cautio usufructuaria die Person des eigentlichen Nießbrauchers maßgebend[10]). Über den Einfluß der

---

d. für den wiederheiratenden Ehegatten (coniux binubus) hinsichtlich des ihm verbleibenden Nießbrauchs an dem den Kindern zu Eigentum zufallenden Vermögen (C. 5, 9, 6, 1);

e. wenn sie vom Eigentümer erlassen ist (C. 6, 55, 7), außer bei letztwillig zugewendetem Nießbrauch (C. 3, 33, 1).

Nach BGB. hat der Nießbraucher nur ausnahmsweise Sicherheit zu leisten (§§ 1039, 1051 ff.).

[10]) Nur wenn letztwillig der Nießbrauch jemandem mit der Auflage vermacht ist, ihn einem Anderen (als Fideikommiß, § 160 c 2) auf die Dauer weiter zu übertragen, gilt der Fideikommissar in allen Beziehungen als ursprünglicher Nießbraucher; D. 7, 9, 9, pr.

Beendigung des Nießbrauchs auf Miete und Pacht vgl. D. 19, 2, 9, 1; BGB. § 1056.

5. Teilbarkeit.

Im Gegensatze zu den Grunddienstbarkeiten (S. 802) und den beschränkten Personalservituten ist ein Nießbrauch an ideellen Teilen eines Gegenstands zulässig (D. 35, 2, 1, 9: qui et dividi potest, non sicut ceterae servitutes individuae sunt); vgl. BGB. § 1066.

b. Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten[11]).

1. Usus.

a. Usus ist das einer Person (im rR. meist durch Legat, zB. D. 7, 8, 2, 1) eingeräumte dingliche Recht auf bloße Benutzung einer fremden Sache, ohne das Recht der Fruchtziehung, und auch nur soweit, als es für das persönliche Bedürfnis des Usuars erforderlich ist. Daher ist die Übertragung — anders als beim Nießbrauch, S. 808 — nicht einmal der Ausübung nach zulässig und da die Benutzung eines ideellen Anteils undenkbar ist, ist ein usus an einem Bruchteil unzulässig (D. 7, 8, 19).

Im späteren Recht wurden die Befugnisse des Usuars — als dem vermutlichen Willen des Bestellers entsprechend (D. 7, 8, 12, 2: neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum) — erweitert. Der Usuar eines Hauses kann, sofern er nur selbst im Hause wohnt, außer seiner Familie und dem Gesinde auch Aftermieter aufnehmen (D. 7, 8, 4—7). Beim usus an einer nur durch Fruchtziehung benutzbaren Sache (Acker, Landgut, Herde) ist ferner ein mäßiger Fruchtgenuß zu eigenem Gebrauch[12]) gestattet (D. 7, 8, 12).

---

[11]) I. 2, 5, D. 7, 8: De usu et habitatione.

[12]) Dadurch unterscheidet sich usus und ususfructus an solchen Sachen; vgl. I. 2, 5, 1: Minus autem scilicet iuris in usu est quam in usu fructu. namque is, qui fundi nudum usum habet, nihil alterius habere intellegitur, quam ut oleribus pomis floribus feno stramentis lignis ad usum cottidianum utatur: in

Ein quasi usus an verbrauchbaren Sachen ist nicht anerkannt. Ist zB. ein usus silvae (D. 7, 8, 22) oder pecuniae (D. 7, 5, 10, 1) zugewendet, so wird dies als Nießbrauch aufgefaßt.

β. Die Pflichten des Usuars gegenüber dem Eigentümer sind die gleichen wie die des Usufruktuars; er hat ebenfalls eine cautio (usuaria) zu stellen (D. 7, 9, 5, 3). Nur hat der Usuar nicht die Reparaturen und Lasten zu tragen, es sei denn, daß er allein den Vorteil der Sache hat (D. 7, 8, 18).

2. Habitatio

ist das einer Person zustehende Wohnrecht. Das Wohnrecht ist — ähnlich dem bei der Gutsüberlassung des sich „auf das Altenteil" setzenden Bauern an seinen Sohn auch heute noch häufig vorkommenden „Auszug" (D. § 82 c 3) — zur Alimentation des Berechtigten bestimmt und daher als besonderen Regeln unterstehendes Rechtsinstitut behandelt (I. 2, 5, 5). Die habitatio endet nur mit dessen Tode, nicht auch — wie Nießbrauch und Gebrauchsrecht, unten S. 815 — mit capitis diminutio oder durch non usus (D. 7, 8, 10, pr.), und ihre Ausübung ist nur gegen Entgelt (durch Vermietung oder Verkauf), nicht auch schenkungsweise übertragbar (C. 3, 33, 13, 1).

3. Die operae servorum et animalium

haben ebenfalls Alimentennatur. Sie gehen daher gleichfalls nicht durch capitis diminutio und non usus unter (vgl. D. 7, 7: De operis servorum). Ihre Ausübung kann jedoch auch ohne Entgelt überlassen werden. Über ihre Vererbung vgl. D. 33, 3, 2.[18])

---

eoque fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit neque his, per quos opera rustica fiunt, impedimento sit: nec ulli alii ius quod habet aut vendere aut locare aut gratis concedere potest, cum is qui usum fructum habet potest haec omnia facere.

Über den Unterschied zwischen ususfructus und usus an einem Sklaven vgl. I. 2, 9, 4 und D. 7, 8, 14, pr.

[18]) In den Quellen werden als persönliche Dienstbarkeiten Berechtigungen erwähnt, die regelmäßig als Grunddienstbarkeiten vor-

§ 137. Entstehung der Dienstbarkeiten.

Servituten entstehen nach rR.: durch Rechtsgeschäft (a), richterliche Anordnung (b), und Ersitzung (c). Der Nießbrauch entsteht in gewissen Fällen unmittelbar durch Gesetz (d).

a. Entstehung durch Rechtsgeschäft.

1. Allgemeines.

α. Eine Servitut bestellen kann nur der Eigentümer der zu belastenden Sache (D. 8, 4, 6, pr.). Zur Belastung von im Miteigentum stehenden Sachen ist Zusammenhandeln aller Eigentümer erforderlich (D. 8, 1, 2, S. 802[6]); nur ein Nießbrauch kann von jedem Miteigentümer an seinem Bruchteil bestellt werden (D. 7, 1, 5, S. 809). Auch der Emphyteuta und der Superfiziar können Servituten bewilligen, aber nur für die Dauer ihres Rechts (D. 7, 4, 1, pr.; 43, 18, 1, 9).

β. Erworben werden kann eine Personalservitut von jeder (natürlichen oder juristischen) Person, eine Grunddienstbarkeit nur vom Eigentümer oder bei im Miteigentum stehenden Grundstücken von sämtlichen Miteigentümern (S. 789) des herrschenden Grundstücks, wohl auch — wenngleich die Quellen hierüber schweigen — vom Emphyteuta und Superfiziar, nicht aber vom Nießbraucher (D. 7, 1, 15, 7).

γ. Die Bestellung kann entweder durch ein allein hierauf gerichtetes Rechtsgeschäft oder gelegentlich einer Eigentumsübertragung erfolgen (sog. deductio servitutis), indem der Veräußerer durch eine lex (sc. contractus) rei dicta sich oder einem Anderen eine Personalservitut (D. 7, 1, 32) oder bei Veräußerung eines Grundstücks einem

---

kommen (heute sog. irreguläre Personalservituten), zB. Wege- Weide- oder Wasserrechte zu Gunsten des Erben oder eines bestimmten, Mieters oder Pächters (zB. D. 7, 1, 32; 33, 3, 6; 8, 3, 4); S. 803[1].

Das BGB. §§ 1090 ff. kennt beschränkte persönliche Dienstbarkeiten nur als Recht auf Benutzung eines Grundstücks in einzelnen Beziehungen oder nach Art einer Grunddienstbarkeit, sowie als Recht auf Benutzung eines Gebäudes als Wohnung.

anderen in seinem Eigentume verbleibenden Grundstück eine Grunddienstbarkeit vorbehält oder das letztere Grundstück zu Gunsten des ersteren mit einer Grunddienstbarkeit belastet (D. 8, 4, 5 u. 6).[1])

2. Vermächtnis.

Die unmittelbare Begründung einer Servitut durch Vermächtnis (ursprünglich in der Form des Vindikationslegats, unten § 167 b 2) ist besonders häufig bei Personalservituten. Über das beim usus fructus legatus stattfindende ius accrescendi des Kollegatars ist im Vermächtnisrecht zu sprechen[2]).

3. Vertrag.

α. Die Bestellungsform des ius civile (sog. servitutes iure — sc. civili — constitutae) war die in iure cessio, für die zu den res mancipi zählenden (S. 241) Rustikalservituten, daneben noch die mancipatio (G. 2, 29 u. 30). Beide Formen waren aber nur bei ausschließlicher Beteiligung römischer Bürger und an den des dominium ex iure Quiritium fähigen Sachen (S. 711) anwendbar. Für den Fall der Beteiligung von Peregrinen und an Provinzialgrundstücken wurden Servituten nach prätorischem Recht erworben (sog. servitutes quae tuitione praetoris consistunt, vgl. D. 7, 4, 1, pr.; 7, 9, 9, 1):

α. durch pactiones et stipulationes (G. 2, 31). Pactio ist der auf unmittelbare Hervorbringung der Servitut

[1]) Streitig ist, ob die Veräußerung mit Zurückbehaltung einer Servitut als ein einheitliches Rechtsgeschäft (Übertragung belasteten Eigentums) anzusehen ist, oder ob neben dem Veräußerungsgeschäft der Vorbehalt als selbständiges Rechtsgeschäft anzusehen ist. Die Frage gewinnt dann Bedeutung, wenn die Übertragung an einen in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten erfolgt. Nach der letzteren Anschauung bedürfte er, da er Verpflichtungsgeschäfte nicht selbständig eingehen kann (S. 279), der Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters, nicht aber nach der ersten Anschauung, da es sich dann nur um ein einheitliches Erwerbsgeschäft handeln würde.

[2]) Heute kann durch Vermächtnis nicht unmittelbar (dinglich) eine Dienstbarkeit, sondern nur ein persönlicher Anspruch des Vermächtnisnehmers gegen den Erben auf Bestellung einer solchen begründet werden (vgl. BGB. § 2174).

gerichtete formlose „dingliche" Vertrag (S. 474[1]), stipulatio ein nebenher gehender obligatorischer Vertrag, nämlich das von dem Bestellenden in Stipulationsform abgegebene Versprechen, eine Vertragsstrafe zahlen zu wollen, falls er (oder sein Erbe) den Erwerber in der Ausübung der Servitut hindern sollte (vgl. zB. D. 45, 1, 2, 5);

b. durch quasi traditio s. patientia, d. h. durch tatsächliche Ausübung unter ausdrücklicher oder stillschweigender Genehmigung des Eigentümers (D. 8, 3, 1, 2; 8, 5, 16).

β. Später wurden diese prätorischen Begründungsformen auch unter römischen Bürgern und für italische Grundstücke neben den civilen Formen angewendet, die sie im justin. R. völlig verdrängt haben. Nach justin. R. entstehen also Servituten vertragsmäßig entweder durch dinglichen Vertrag mit formellem Strafgeding (pactionibus et stipulationibus, I. 2, 3, 4 und 2, 4, 1), wobei es einer der traditio bei der Eigentumsübertragung analogen tatsächlichen Einräumung dann nicht mehr bedarf, oder durch die tatsächliche Ausübung (quasi traditione, D. 7, 1, 25, 7), wobei umgekehrt der Abschluß einer formellen Stipulation nicht erforderlich ist[2]).

b. Entstehung durch richterliche Anordnung.

1. In Teilungsprozessen (S. 628, iudicia finium regundorum, familiae erciscundae, communi dividundo) kann der Richter im Teilungsurteil an den zu teilenden Sachen Servituten begründen (D. 7, 1, 6, 1; 10, 2, 22, 3).

---

[2]) In das Gemeine Recht ist die Stipulation nicht übergegangen (S. 491[19]). Ein lebhafter Streit ist nun darüber entstanden, ob die Servituten gemeinrechtlich schon durch den bloßen formlosen dinglichen Vertrag auch vor erfolgter Ausübung (Savigny, Windscheid, Dernburg) oder nur durch hinzutretende Quasitradition entstehen (Karlowa, Lenel, die davon ausgehen, daß die Stipulationen im rR. die Bedeutung hatten, die Tradition zu ersetzen).

Nach BGB. werden Dienstbarkeiten aller Art an Grundstücken nur durch Einigung und Eintragung in das Grundbuch (§ 873), Nießbrauchrechte an beweglichen Sachen durch Einigung und Übergabe derselben erworben (§ 1032).

2. Über die Begründung eines **Notwegs** (iter ad sepulcrum, D. 11, 7, 12, pr.) durch Richterspruch vgl. S. 727.

c. **Ersitzung der Servituten.**

1. Ursprünglich wurden Servituten vom Eigentümer durch ein- und zweijährige Ersitzung (usucapio servitutium) erworben (S. 745). Durch eine lex Scribonia wurde die Servitutenersitzung, da sich dadurch bloße nachbarliche Gefälligkeiten bald in rechtlich wirksame Belastungen umwandelten, überhaupt beseitigt (D. 41, 3, 4, 28). Da hierdurch aber wieder umgekehrt die Servitutberechtigten gefährdet wurden, weil sie mangels der Berufung auf Ersitzung stets ihren Erwerbstitel nachweisen mußten, wurde in der Kaiserzeit durch die Rechtsprechung eine besondere Ersitzungsart (longa quasi possessio, diuturnus usus, D. 8, 5, 10, pr.) eingeführt, die voraussetzte:

α. quasi possessio, d. h. Vornahme von Ausübungshandlungen;

β. tempus, nämlich „exemplo longae praescriptionis (S. 746): 10 Jahre inter praesentes, 20 inter absentes (C. 7, 33, 12, 4);

γ. non vitiosa possessio (nec vi nec clam nec precario ab adversario, S. 677).

Nicht erforderlich war iustus titulus und bona fides. Die Wirkung der Ersitzung war der Erwerb einer dem Umfang der Besitzhandlungen entsprechenden Servitut: „quantum possessum, tantum praescriptum".

2. So ist die Servitutenersitzung in das justin. R. übergegangen[4]).

---

[4]) Gemeinrechtlich sind die Einzelheiten der Servitutenersitzung äußerst streitig, insbesondere ob sie auch auf serv. discontinuae (S. 798[4]), persönliche und negative Servituten zu beziehen ist, ob sie gleich der Eigentumsersitzung Titel und bona fides des Ersitzenden voraussetzt und ob sie auch gegenüber unersitzbaren, insbesondere fiskalischen Sachen zulässig ist.

Nach BGB. entstehen Dienstbarkeiten an Grundstücken nur durch „Tabularersitzung" (§ 900 Abs. 2, S. 743[4]); an beweglichen Sachen wird der Nießbrauch nach den für die Eigentumsersitzung geltenden Vorschriften erworben (§ 1033).

d. Entstehung durch Gesetz.

Unmittelbar durch Gesetz entsteht nur der Nießbrauch (ususfructus legalis) und zwar für den Vater in einigen im Familienrecht zu besprechenden Fällen, insbesondere an den bona adventicia regularia der Hauskinder[5]).

§ 138. Untergang der Dienstbarkeiten.

Gründe für das Erlöschen der Servituten sind[1]):

a. Untergang des herrschenden Subjekts.

Grunddienstbarkeiten enden mit dem Untergange des herrschenden Grundstücks (D. 8, 6, 3), persönliche Dienstbarkeiten mit dem Tode des Berechtigten (I. 2, 4, 3, vgl. BGB. §§ 1061, 1090 Abs. 2), es sei denn, daß sie auch für die Erben bestellt sind (D. 45, 1, 38, 12). Der einer juristischen Person zustehende Nießbrauch endet mit ihrem Wegfalle (D. 7, 4, 21), außerdem aber — zur Vermeidung einer dauernden Trennung des Eigentums und des Nutzungsrechts — mit Ablauf von 100 Jahren seit der Bestellung[2]).

Ususfructus und usus (nicht aber habitatio und operae, S. 810) enden ferner durch capitis diminutio der Berechtigten, seit Justinian (C. 3, 33, 16, 2) aber nicht mehr durch c. d. minima (S. 223).

b. Untergang der dienenden Sache.

Die Servitut endigt durch den Untergang, der Nießbrauch auch schon durch eine wesentliche Veränderung der dienenden Sache. Ein an einem Hause bestellter Nießbrauch

[5]) Nach deutschem Recht erwirbt auch der Ehemann an dem Eingebrachten der Frau Verwaltung und Nießbrauch (sog. ususfructus maritalis). Das BGB. behandelt dagegen die Nutznießung sowohl des Ehemannes (§§ 1363 ff.) als auch des Vaters (§§ 1649 ff.) als ein besonders geartetes Recht, nicht als Nießbrauch.

[1]) D. 7, 4: Quibus modis usus fructus vel usus amittitur; D. 8, 6: Quemadmodum servitutes amittuntur.

[2]) D. 7, 1, 56. In das BGB. ist dies nicht übergegangen (§ 1061).

besteht zB. nach dem Abbrennen des Hauses an der Grundfläche (area) nicht fort (D. 7, 4, 5, 2).

c. Konfusion.

Prädialservituten erlöschen (sog. confusio), wenn das herrschende und das belastete Grundstück ganz (S. 802[6]) in die Hand desselben Eigentümers kommen (D. 8, 6, 1), und leben durch eine erneute Veräußerung nicht von selbst wieder auf (D. 8, 2, 30, pr., vgl. D. 8, 1, 18). Ebenso erlischt der Nießbrauch (sog. consolidatio), wenn der Nießbraucher Eigentümer wird oder letzterer — was zulässig ist, S. 803 — den Nießbrauch zurückerwirbt (I. 2, 4, 3).[3])

d. Verzicht.

Alle Servituten erlöschen durch Verzicht. Nach Civilrecht bedurfte es einer Remanzipation oder Rückcession an den Eigentümer, also seiner Mitwirkung, nach justin. R. genügt die einseitige Erklärung des Berechtigten, die auch durch konkludente Handlungen (Gestattung einer der Servitut widersprechenden Anlage, D. 8, 6, 8, pr.) abgegeben werden kann (ebenso BGB. §§ 875, 1064).

e. Verjährung.

Alle Servituten, mit Ausnahme von habitatio und operae (S. 810), des iter ad sepulcrum (D. 8, 6, 4) sowie des ususfructus alternis annis legatus (D. 7, 4, 28), verjähren durch Nichtgebrauch (non usus); bei Gebäudeservituten ist aber außerdem usucapio libertatis erforderlich, d. h. das dienende Grundstück muß in einen die Ausübung der Servitut unmöglich machenden Zustand gesetzt sein[4]).

Die Verjährungszeit betrug ursprünglich 1 Jahr bei Mobilien, 2 Jahre bei Grundstücken; Justinian führte in

---

[3]) Nach BGB. enden dingliche Rechte an Grundstücken, wie sie nur durch Eintragung entstehen (S. 709[1]), so nur durch Löschung im Grundbuche, nicht also durch bloße Konfusion. Für den Nießbrauch an beweglichen Sachen vgl. BGB. § 1063.

[4]) Vgl. D. 8, 2, 6. Das BGB. kennt den non usus als Grund des Untergangs bei Dienstbarkeiten nicht. Vgl. jedoch § 1028.

C. 3, 33, 16 und 3, 34, 13 die zehnjährige (inter praesentes) und zwanzigjährige Frist (inter absentes) der longi temporis praescriptio (S. 746) ein. Über den non usus bei diskontinuierlichen Servituten vgl. D. 8, 6, 7.

f. Auflösende Bedingung und Zeitbestimmung.

Personalservituten enden durch Eintritt der ihnen anhaftenden auflösenden Bedingung oder Zeitbestimmung. Bei Prädialservituten war eine Bestellung auf Zeit anfänglich unzulässig; später ließ man sie in der Weise zu, daß die Servitut zwar ipso iure auch nach Eintritt der condicio oder des dies bestehen blieb, der Eigentümer des dienenden Grundstücks aber ope exceptionis (pacti s. doli) dem auf die Servitut gestützten Anspruch begegnen konnte (D. 8, 1, 4).

§ 139. Rechtsschutz der Dienstbarkeiten.

Die Dienstbarkeiten genießen petitorischen und possessorischen Rechtsschutz. Über den letzteren ist schon oben S. 706 gesprochen. Dem petitorischen Schutze des Servitutberechtigten (vindicatio s. petitio servitutis) dient eine besondere Klage, die actio confessoria, das Gegenstück[1]) der actio negatoria (S. 782), mit welcher sich der Eigentümer einer Sache gegen die Inanspruchnahme einer Servitut an dieser wehrt[2]).

[1]) Vgl. ihre Zusammenstellung in D. 7, 6: Si usus fructus petetur vel ad alium pertinere negetur; und D. 8, 5: Si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur.

[2]) Mit der actio confessoria klagt also der „Servitutenprätendent", mit der negatoria wird er verklagt; vgl. I. 4, 6, 2. Die nicht einheitlich festgestellte, sondern der beanspruchten Servitut anzupassende Formel der confessoria begann also z.B.: Si paret A° A° ius esse eundi agendi per fundum Cornelianum usw., die Formel der negatoria: Si paret N° N° ius non esse eundi agendi per fundum Cornelianum invito A° A° usw.

Die actio confessoria geht aber nicht nur gegen den Eigentümer, sondern als dingliche Klage gegen jeden Störer (D. 8, 5, 10, 1). Nur die servitus oneris ferendi geht nur gegen den dominus aedium (D. 8, 5, 6, 3). Die Grundsätze über die ficta possessio (S. 773) finden entsprechende Anwendung (D. 7, 6, 6).

a. Voraussetzungen der actio confessoria.

1. Die actio confessoria setzte nach Civilrecht (als actio directa) eine servitus iure (sc. civili) constituta (S. 812) voraus, also eine civile Erwerbsart (S. 732), Bestellung durch den quiritischen Eigentümer der dienenden und (bei Grunddienstbarkeiten) an den quiritischen Eigentümer der herrschenden Sache. Die serv. tuitione praetoris constitutae wurden durch eine utilis confessoria actio geschützt, wenn sie durch pactio et stipulatio oder durch longi temporis quasi possessio entstanden waren, durch eine Publiciana confessoria actio, wenn sie durch quasi traditio begründet waren.

2. Nach justin. R. dient die actio confessoria directa ohne Rücksicht auf die Erwerbsart dem Schutze jedes Berechtigten bei der Personalservitut und jedes Eigentümers (oder auch nur Miteigentümers, D. 8, 5, 4, 3) des herrschenden Grundstücks bei der Prädialservitut. Emphyteuta, Superfiziar und Pfandgläubiger des herrschenden Grundstücks haben zur Geltendmachung der diesem zustehenden Prädialservituten eine utilis actio confessoria (D. 8, 1, 16).

Die Publiciana confessoria actio dient nunmehr dem Schutze des redlich, aber fehlerhaft (zB. vom Nichtberechtigten) erworbenen Servitutenbesitzes (D. 6, 2, 11, 1). Die Wirkung der Publiciana confessoria ist in der gleichen Weise beschränkt (besser oder gleich Berechtigten gegenüber, S. 786) wie die der Publiciana in rem actio.

b. Ziel der actio confessoria.

Die Klage geht auf Anerkennung der Servitut und Unterlassung störender Handlungen (zB. Beseitigung eines die Ausübung des Wegerechts hindernden Zauns). Sind fernere Störungen zu befürchten, so kann cautio de non amplius turbando beansprucht werden (D. 8, 5, 7). Im Fall eines Verschuldens haftet der Beklagte auf Schadensersatz [5]).

[5]) BGB. § 1027 gewährt bei Beeinträchtigung von Grunddienstbarkeiten die im § 1004 (Eigentumsfreiheitsklage) bestimmten Rechte; entsprechendes gilt für den Nießbrauch (§ 1065).

Sechster Abschnitt. Vorkaufsrecht
(BGB. §§ 1094—1104).

Siebenter Abschnitt. Reallasten
(BGB. §§ 1105—1112).[1])

[1]) Das BGB. behandelt im 6. und 7. Abschnitt zwei dem deutschen Recht entstammende und hier nur der Vollständigkeit wegen zu erwähnende Rechtsinstitute.

a. Das dingliche Vorkaufsrecht.

Wie schon S. 563 dargelegt, kennt das rR. nur ein persönliches, allein gegen den Verkäufer wirkendes Vorkaufsrecht (ius protimiseos), während das BGB. außer diesem in den §§ 504—514 behandelten, an Grundstücken auch ein dingliches, auch gegen den Käufer und seinen Rechtsnachfolger wirkendes und durch Eintragung im Grundbuche zur Entstehung zu bringendes Vorkaufsrecht kennt, das sowohl einer Person (§ 1094), als auch dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks (§ 1103) zustehen kann.

b. Die Reallasten.

Reallasten sind Belastungen eines Grundstücks, die dessen jeweiligen Eigentümer zu wiederkehrenden Leistungen (Tun oder Geben) aus dem Grundstück verpflichten. Dem rR. waren derartige Belastungen nach dem Grundsatze „servitus in faciendo consistere nequit“ (S. 797) völlig fremd. Für die deutsche Rechtsentwickelung haben sie dagegen eine große Bedeutung, wie D. § 74 c dargelegt ist.

Da sie die freie Verfügung über den Grundbesitz erschweren, ist in neuerer Zeit ihre Ablösung ins Werk gesetzt worden, aber nicht überall durchgeführt. Das BGB. hat daher das Institut reichsrechtlich geregelt; ihre Hauptbedeutung haben die Reallasten freilich auf dem Gebiete des der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Agrarrechts (vgl. EGBGB. Art. 113—116, 120, 121).

Das Pfandrecht.

Achter Abschnitt.
Hypothek. Grundschuld. Rentenschuld
(BGB. §§ 1113—1203).

Neunter Abschnitt. Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten
(BGB. §§ 1204—1296).

§ 140. Begriff und Entwickelung des Pfandrechts.

a. Begriff des Pfandrechts[1]).

Pfandrecht im objektiven Sinn ist das das Pfandrecht im subjektiven Sinne regelnde Rechtsinstitut. Pfand-

[1]) Römisches und heutiges Recht.

a. Bis auf das BGB.

Das Pfandrecht des heutigen Rechts steht in einem nur losen Zusammenhange mit dem römischen Pfandrecht. Bei der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland ist zwar, da die Aufnahme — wie in D. § 52 b dargestellt ist — „in complexu" erfolgte, zunächst auch das Pfandrecht mitrezipiert worden. Das war ein schwerer Fehler, denn das römische Pfandrecht paßte durchaus nicht für die

recht im subjektiven Sinn ist das an einem fremden Vermögensstück („Pfand") bestehende dingliche Recht, vermöge

---

deutschen Verhältnisse. Die seit dem 17. Jahrhundert beginnende Reaktion gegen die unterschiedslose Aufnahme des fremden Rechts setzte daher auf diesem Gebiete mit besonderem Erfolge ein. Das römische Pfandrecht hat zwar eine feine juristische Durchbildung erfahren, gehört aber in wirtschaftlicher Beziehung zu den schwächsten Partieen des rR. Die Formlosigkeit der Begründung (S. 828) und die Zulassung der gesetzlichen und der Generalhypotheken (S. 833, 837) sowie der zahlreichen Pfandprivilegien (unten S. 850) vernichtete jeden gesunden Realkredit; denn wer zB. auf ein Grundstück Geld lieh, vermochte absolut nicht festzustellen, welche Pfandrechte dem seinen bei einer etwa erforderlich werdenden Zwangsvollstreckung in die verpfändete Sache vorgehen würden. So erklärt es sich, daß die Sicherstellung in Rom vorzugsweise durch Bürgen, nicht durch Pfänder erfolgte (S. 421[4], vgl. zB. D. 46, 5, 7) und daß Justinian in Nov. 72, 6 die Vormünder anwies, die Mündelgelder lieber zinslos im Kasten liegen zu lassen, als auf Grundstücke auszuleihen.

Für Rom hatte — bei der vorherrschenden Bedeutung des Handels und damit des mobilen Kapitals — der Mangel eines brauchbaren Pfandrechts und hierdurch eines gesicherten Realkredits nicht die gleiche Bedeutung, wie für Deutschland; denn hier beruhte das Vermögen zum großen Teil auf dem Grund und Boden. Das Eindringen des römischen Pfandrechts führte nun eine solche Verwirrung der Grundkreditverhältnisse herbei, daß ein Zurückgreifen auf die vor der Rezeption ausgebildeten deutschrechtlichen Gedanken und deren Fortbildung zwecks Anpassung an die Bedürfnisse des neueren Verkehrs unabweisbar war Diese Gedanken waren (vgl. D. §§ 75, 78):

1. Der Grundsatz der Publizität (Erkennbarkeit) des Pfandrechts, d. h. das Pfandrecht muß in einer nach außen hin sichtbaren Weise begründet werden. Für Pfandrechte an Grundstücken wurde dieser Grundsatz in der Weise verwirklicht, daß ihre Entstehung an die Eintragung in ein öffentliches Buch (Hypothekenbuch) geknüpft wurde; für Mobilien in der Weise, daß an ihnen ein Pfandrecht nicht durch bloßen Vertrag bestellt werden konnte (also keine „Hypothek an Mobilien"), sondern ausschließlich durch wirkliche Besitzübergabe (also nur als pignus).

Diese Verschiedenheit der Entstehung bedingte eine völlige Trennung des Immobiliar- und des Mobiliarpfandrechts.

2. Der Grundsatz der Spezialität (certa res, certa pecunia), d. h. ein Pfandrecht besteht nur an bestimmten Sachen (Unzulässigkeit von gesetzlichen und von Generalpfandrechten) und nur zur Sicherung von Forderungen bestimmter Höhe.

Die Wiedereinführung dieser deutschrechtlichen Grundsätze erfolgte durch die Landesgesetzgebung, in Preußen durch die Allgemeine Hypo-

dessen der Berechtigte sich aus diesem Vermögensstücke wegen eines gewährten Kredits Befriedigung verschaffen kann.

---

thekenordnung von 1783 und das ALR. von 1794; später durch die Grundbuchgesetzgebung (Eigentumserwerbsgesetz und Grundbuchordnung) vom 5. Mai 1872; auf diesen Grundsätzen beruht auch das BGB.

b. Das Pfandrecht des BGB.

Immobiliar- und Mobiliarpfandrecht sind völlig von einander gesondert; das erstere ist im 8., das letztere im 9. Abschnitt behandelt. Das BGB. kennt nicht einmal einen gemeinsamen Namen, verwendet den Ausdruck „Pfandrecht" vielmehr nur bei beweglichen Sachen und Rechten.

1. Das Grundstückspfandrecht entsteht und geht unter nur durch Eintragung im Grundbuch.

α. Hieraus ergibt sich zunächst — im Gegensatze zu dem lediglich als Accessorium einer Forderung ausgebildeten und daher nur mit einer solchen entstehenden (S. 829) und notwendig mit ihr untergehenden (S. 855) römischen Pfandrechte — die Möglichkeit einer selbständigen dinglichen Grundstücksbelastung. Daher bleibt nicht nur das Grundstückspfandrecht, solange es noch nicht im Grundbuche gelöscht ist, bestehen, auch wenn die dadurch gesicherte Forderung (zB. durch Konfusion, S. 857), untergegangen ist (Eigentümerhypothek, unten S. 857[8]); sondern das BGB. kennt neben der accessorischen, also zur Sicherung einer Forderung des Gläubigers bestimmten Hypothek (§ 1113), eine von vornherein selbständig begründete Grundstücksbelastung, die Grundschuld (§ 1191). Eine Unterart der letzteren ist die Rentenschuld, bei welcher eine bestimmte Summe aus dem Grundstücke zu zahlen ist, nicht — wie bei der Grundschuld — einheitlich, sondern in regelmäßig wiederkehrenden (zB. jährlichen) Terminen (§ 1199). Die Hypothek ist also eine kausale Summenbelastung, die Grundschuld eine abstrakte Summenbelastung, die Rentenschuld eine abstrakte Rentenbelastung.

Jedes dieser Grundstückspfandrechte erscheint wieder in zwei Formen, je nachdem über die Eintragung im Grundbuch eine Urkunde („Brief") gebildet ist (Briefhypothek, Briefgrundschuld, Briefrentenschuld) oder nicht (Buchhypothek, Buchgrundschuld, Buchrentenschuld, §§ 1116, 1192). Jede dieser sechs Formen kann in jede andere umgewandelt werden (§§ 1116 Abs. 2, 3, 1198, 1203).

β. Durch das Erfordernis der Eintragung wird ferner die Erkennbarkeit der Grundstückspfandrechte und ihres — aus der Reihenfolge der Eintragungen sich ergebenden (§ 879) — Ranges (Grundsatz der Publizität) sowie ihre Verknüpfung mit einem bestimmten Grundstücke (Grundsatz der Spezialität, keine Generalhypothek) gewährleistet. Endlich vollzieht sich ihr Erwerb unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (S. 709[1]) und daraus folgt eine besondere Sicherung des Realkredits (§§ 891 ff., 1138).

1. Das Pfandrecht ist hiernach ein dingliches Recht. Dies wird von manchen freilich bestritten, indem sie es als ein Forderungsrecht gegen die Sache (Vangerow) oder gegen deren jedesmaligen Eigentümer (Sohm, also als obligatio in rem scripta) auffassen. Unterstützt wird diese Ansicht scheinbar durch die Quellen, die gewöhnlich von „rem obligare“ und „rei obligatio“ im Sinne von Verpfändung sprechen (D. 20, 6, 11). Aber diese Ausdrucksweise erklärt sich dadurch, daß obligare die allgemeine Bedeutung der „Herstellung eines rechtlichen Bandes“, eines „rechtlichen Gebundenseins“ hat, was ebenso gut auf Personen wie auf Sachen anwendbar ist. Daß das Pfandrecht ein dingliches Recht ist, ergibt sich daraus, daß es nicht nur dem Verpfänder, sondern auch jedem Dritten gegenüber wirkt (unten § 142 c 2), daß ihm also das Kennzeichen des normalen dinglichen Rechts (S. 671), die absolute Wirkung eigen ist; ferner daraus, daß es den später an der Sache begründeten dinglichen Rechten gegenüber ein Vorzugsrecht (unten S. 848) und im Konkurs ein Absonderungsrecht gewährt (vgl. KO. §§ 39 ff.).

---

2. Auch für das Pfandrecht an beweglichen Sachen gelten im BGB. die Grundsätze der Publizität (Entstehung nur durch Übergabe, nicht durch bloßen Vertrag, § 1205) und der Spezialität (keine Generalpfandrechte). Dagegen ist das Mobiliarpfandrecht im Gegensatz zum Grundstückspfandrecht auch nach BGB. ein streng accessorisches Recht: es entsteht (§ 1204 Abs. 1), geht über (§ 1250) und unter (§ 1252) nur mit der Forderung, zu deren Sicherung es bestimmt ist. Die Grundsätze über den Schutz des gutgläubigen Erwerbs des Eigentümers (S. 741[9]) finden auch auf den Erwerb des Pfandrechts Anwendung (§§ 1207, 1208).

Diese Grundsätze gelten im wesentlichen auch für das Pfandrecht an Rechten (§ 1273). Eine eigentliche Besitzübertragung des zu verpfändenden Rechtes ist hierbei jedoch undenkbar, vielmehr erfolgt die Bestellung des Pfandrechts nach den für die Übertragung (Cession) geltenden Grundsätzen (§ 1274). Um das Erfordernis der Publizität jedoch auch hier möglichst zu wahren, ist bestimmt, daß soweit zur Übertragung des Rechts die Übergabe einer Sache erforderlich ist (wie des Hypothekenbriefs bei einer Briefhypothek, § 1154), diese erfolgen muß, und soweit der bloße Abtretungsvertrag genügt, Anzeige an den Schuldner erforderlich ist (§§ 1273, 1280).

Über die Natur des Pfandrechts an unkörperlichen Sachen vgl. unten S. 836.

2. Das Pfandrecht ist ferner ein dingliches Recht an einer fremden Sache, also ein ius in re aliena (S. 672, D. 9, 4, 30). Es kann nach rR. an der eigenen Sache weder begründet werden (anders die heutige Grundschuld, BGB. § 1196), noch — von einzelnen positiven Ausnahmen abgesehen — sich nach Erwerb der Pfandsache durch den Gläubiger an ihr erhalten (unten S. 857; anders die heutige Eigentümerhypothek, BGB. §§ 1143, 1163, 1168).

3. Das Pfandrecht soll dem Gläubiger einer Forderung für deren Eingehen eine Sicherheit gewähren. Das Pfandrecht ist also (wenigstens nach rR., S. 822[1]) ein accessorisches Recht: es ist daher von dem Entstehen und Bestehen der gesicherten Forderung abhängig.

4. Das Pfandrecht bezweckt die Sicherung des Gläubigers für einen dem Schuldner eingeräumten Kredit. Kredit ist das „Anvertrauen" eines Vermögensstücks gegen das Versprechen späterer Rückgewähr oder Gegenleistung. Die Kreditgewährung geschieht hauptsächlich durch Hingabe von Geld, so beim Darlehen, aber auch durch Übergabe anderer Sachen, so beim Kauf mit Stundung des Kaufpreises, oder durch Einräumung eines Gebrauchs, so bei der Miete im Falle der „Postnumerando-Zahlung" des Mietszinses.

Vertraut der kreditierende Gläubiger lediglich der Person des Schuldners oder eines ihm von diesem gestellten Nebenschuldners (Bürgen, S. 631), so spricht man vom Personalkredit, im Gegensatze zum Realkredit, wenn der Gläubiger durch Verpfändung einer bestimmten Sache gesichert wird. In Rom diente die Verpfändung wegen der notwendig accessorischen Natur des Pfandrechts nur der Verstärkung des Personalkredits, der überhaupt eine weitaus größere Rolle spielte als der Realkredit (S. 421[4]); heute liegt bei der Grundschuld ein lediglich auf eine Sache gegründeter Realkredit vor.

5. Aus dem Pfand soll der Gläubiger im Notfall seine Befriedigung erhalten. Das Pfandrecht ergreift daher eine fremde Sache hinsichtlich ihres Verkaufs- (Tausch-) werts,

während die übrigen iura in re aliena sie in Ansehung ihres Gebrauchswerts erfassen. Durch Ausübung des Pfandrechts wird, im Gegensatz zu den sonstigen dinglichen Rechten, die belastete Sache dem Eigentümer entzogen. Das Pfandrecht ermöglicht daher nur eine einmalige, die übrigen dinglichen Rechte vermitteln eine dauernde Ausübung.

b. Entwickelung des römischen Pfandrechts[2]).

Das römische Pfandrecht hat sich — abgesehen von der dem öffentlichen Recht angehörenden und besonders gestalteten praediatura, S. 745[6]) — geschichtlich in 3 Formen entwickelt: als fiducia, Verpfändung durch Eigentumsübertragung, als pignus, Verpfändung durch Besitzübertragung, und als hypotheca, Verpfändung durch bloßen Verpfändungsvertrag. Im justinianischen Recht ist die fiducia fortgefallen, pignus und hypotheca sind zu einem Institut vereinigt.

1. Fiducia.

Das altrömische Recht kannte ein eigentliches Pfandrecht, d. h. ein besonderes, unmittelbar der realen Sicherstellung eines Gläubigers dienendes ius in re aliena, überhaupt nicht. Der wirtschaftliche Zweck der Sicherstellung wurde durch Eigentumsübertragung mit entsprechender Nebenabrede erreicht (S. 158[5]). Die Pfandsache wurde dem Pfandgläubiger durch mancipatio oder in iure cessio zu vollem quiritarischem Eigentum übertragen; vermöge eines daneben vereinbarten pactum fiduciae verpflichtete er sich aber obligatorisch, die Sache getreu zu bewahren und nach

---

[2]) Die Quellen behandeln das Pfandrecht in seinen dinglichen Beziehungen vornehmlich in den verschiedenen Titeln des 20. Buchs der Digesten (D. 20, 1: De pignoribus et hypothecis et qualiter ea contrahantur et de pactis eorum), das persönliche Schuldverhältnis zwischen Verpfänder und Pfandnehmer (pignus im Sinne von Verpfändungsvertrag) in D. 13, 7: De pigneraticia actione vel contra; vgl. ferner Codextitel 8, 13—34; 4, 24. Der Hauptschriftsteller über das Pfandrecht war Marcian (S. 125), einer der nachklassischen Juristen (liber singularis ad formulam hypothecariam).

Tilgung seiner Forderung dem Verpfänder durch remancipatio zurück zu übereignen. Der Anspruch auf Rückgabe, der nur gegen den Gläubiger, nicht gegen einen Dritten gerichtet werden konnte, wurde mit einer actio fiduciae geltend gemacht. Sie war die älteste actio bonae fidei und zog, wenn sie durchdrang, infamia nach sich.

Beim pactum fiduciae wurden zwei Klauseln üblich: einmal des pactum de vendendo, wonach der Gläubiger bei nicht rechtzeitiger Zahlung die Sache behufs Befriedigung aus dem Erlöse verkaufen, und ferner die lex commissoria, wonach er im gleichen Falle sie an Stelle der Forderung endgültig für sich behalten durfte.

Der Hauptmangel der fiducia war, daß sie dem Gläubiger mit dem Eigentum eine weit über den Sicherungszweck hinausgehende Verfügungsmacht über die Sache gewährte, sodaß der Schuldner auf die Ehrlichkeit des Gläubigers angewiesen war. Über die usureceptio fiduciae vgl. S. 745[6].

2. Pignus[3]).

Bei dem pignus im älteren Sinne wurde dem Pfandgläubiger nicht das Eigentum, sondern der juristische (abgeleitete, S. 675[4]) Besitz der Pfandsache übertragen. Der Gläubiger genoß Interdiktenschutz (S. 694) und durfte die Sache bis zur Tilgung der Forderung zurückbehalten. Dagegen hatte er kraft Gesetzes weder ein dingliches Verfolgungs- noch ein Verwertungsrecht. In der Kaiserzeit wurde das pactum de vendendo s. distrahendo und die lex commissoria auch beim pignus zulässig.

3. Hypotheca.

Sie entstammte dem griechischen Rechte (ὑποτίθημι). In Rom wurde sie vom Prätor zuerst beim Pachtverhältnis

---

[3]) Pignus stammt von πήγνυμι (befestigen). Vgl. dagegen die (wie regelmäßig) unzureichende Quellenerklärung in D. 50, 16, 238, 2: Pignus appellatum a pugno (Faust), quia res, quae pignori dantur, manu traduntur. Auf Grund dieser Etymologie ist wahrscheinlich pignus mit „Faustpfand" übersetzt worden, ein Ausdruck, der erst nach der Rezeption vorkommt.

anerkannt. Der Pächter, der den Besitz und Gebrauch seines Inventars zur Bewirtschaftung des Guts nicht entbehren konnte, konnte es zur Sicherung des Pachtzinses weder durch fiducia noch durch pignus dem Verpächter verpfänden. Der Prätor ließ daher eine bloß wörtliche Verpfändung, die sogar später als stillschweigend mit der Einbringung des Inventars erfolgt angesehen wurde (S. 577[12]), mit dem Inhalte zu, daß der Verpächter das Inventar (die „Invekten und Illaten" des Pächters) pfandweise sollte zurückbehalten dürfen. Der Verpächter erhielt gegen den ohne Berichtigung des Pachtzinses abgezogenen Pächter zunächst das interdictum Salvianum zur Erlangung des Besitzes der ihm verpfändeten Illaten des Pächters und später auch eine dingliche Klage, die actio Serviana, auf Herausgabe dieser Sachen gegen jeden Erwerber. Nach und nach wurde eine Klage nach diesem Muster („utiliter", S. 385) auch für andere Forderungen wegen anderer hypothekarisch verpfändeter Gegenstände als utilis oder quasi Serviana oder hypothecaria actio gegeben[4]). Damit war ein neues, auf bloßem Vertrag ruhendes Pfandrecht, die hypotheca, durch die prätorische Rechtsentwickelung geschaffen worden. Was die Veräußerungsbefugnis betrifft, so wurde das pactum de vendendo für pignus und hypotheca eine so regelmäßige Abrede, daß es in der späteren Kaiserzeit bei einer Verpfändung seiner ausdrücklichen Festsetzung nicht mehr bedurfte, sondern das Verkaufsrecht als stillschweigend eingeräumt galt. Es wurde nunmehr umgekehrt zu seiner Ausschließung ein besonderes pactum de non vendendo notwendig. Im justin. R. endlich erschien das Verkaufsrecht als so wesentlich für das Pfandrecht, daß selbst eine solche ausdrückliche Abrede die Verkaufsbefugnis nicht ausschloß, sondern nur eine dreimalige Verkaufsanzeige

[4]) I. 4, 6, 7: Item Serviana et quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius praetoris iurisdictione substantiam capit. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris iure pro mercedibus fundi ei tenentur: quasi Serviana autem qua creditores pignora hypothecasve persequuntur.

erforderlich machte (D. 13, 7, 4; unten S. 844). So wurde das Verkaufsrecht aus einem ursprünglichen accidentale (S. 273) zunächst zu einem naturale und endlich zu einem essentiale des Pfandvertrags. Dagegen war die lex commissoria seit Konstantin unzulässig, unten S. 845.[5])

§ 141. Entstehung des Pfandrechts.

Das Pfandrecht kann entstehen: durch Rechtsgeschäft (pignus voluntarium), durch richterliche Verfügung (pignus iudiciale) und unmittelbar kraft Rechtssatzes (pignus legale). Die beiden letzteren Arten sind Fälle des pignus necessarium.

a. Rechtsgeschäftliches Pfandrecht.

Die rechtsgeschäftliche Einräumung eines Pfandrechts erfolgt vorzugsweise durch Vertrag (pignus conventionale); daneben ist eine Begründung durch Vermächtnis (pignus testamentarium, D. 13, 7, 26, pr:) möglich.

1. Der Pfandvertrag bedarf nach justin. R. keiner Rechtsform. Solange hypotheca und pignus jedoch einander noch nicht gleichgestellt waren, entstanden aus der bloßen Verabredung der Bestellung eines Faustpfandes noch keine Rechtsfolgen; der Verpfändungsvertrag (contractus

---

[5]) In D. 20, 1, 5, 1 sagt Marcian: Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt; vgl. I. 4, 6, 7, D. 13, 7, 9, 2. Über die aus der Gleichstellung sich ergebenden Folgen vgl. unten S. 829[1], 839.

Die Gleichstellung zeigt sich auch in der Formel der dinglichen Pfandklage (actio hypothecaria und actio pigneraticia in rem), die Lenel (in seinem Edictum perpetuum, S. 115) wie folgt wiederherstellt: Si paret inter A^m A^m (Gläubiger) et Lucium Titium (Verpfänder) convenisse, ut ea res q. d. a. A° A° pignori hypothecaeve esset propter pecuniam debitam eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis Lucii Titii fuisse eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per A^m A^m stare quominus solvatur satisve fiat, nisi ea res arbitratu tuo restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N^m N^m A° A° condemna, s. n. p. a.

pigneraticius, pignus in diesem Sinne) war vielmehr einer der (4) benannten Realverträge (S. 487) und setzte daher zu seiner Entstehung Übergabe der Sache voraus, da er ohne dies einer causa civilis entbehrt hätte und daher klaglos gewesen sein würde. Dies hörte nach der Gleichstellung von pignus und hypotheca auf[1]).

2. Der Pfandvertrag wird geschlossen zwischen dem Gläubiger der zu sichernden Forderung und dem Verpfänder.

α. Die zu sichernde Forderung kann bedingt oder betagt sein (ebenso BGB. § 1113 Abs. 2, 1204 Abs. 2); dann datiert das Pfandrecht aber trotzdem schon von der Bestellung an (S. 328 und unten S. 849; vgl. BGB. § 1209). Auch eine Naturalobligation kann genügen (S. 472, vgl. S. 368[13]).[2]) Für eine nichtige oder durch eine peremtorische Einrede entkräftbare Forderung kann kein Pfand bestellt werden (D. 20, 3, 2).

β. Der Verpfänder ist in der Regel der Schuldner der zu sichernden Forderung. Man kann aber auch für eine fremde Schuld ein Pfand bestellen (D. 20, 1, 5, 2), eine Art der Intercession (S. 535).

γ. Die Entstehung des Pfandrechts setzt in der Regel voraus, daß der Verpfänder im Augenblicke des Abschlusses des Verpfändungsvertrags Eigentümer der verpfändeten

---

[1]) Vgl. daher D. 13, 7, 1: Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est. Si igitur contractum sit pignus nuda conventione, videamus, an, si quis aurum ostenderit quasi pignori daturus et aes dederit, obligaverit aurum pignori: et consequens est ut aurum obligetur, non autem aes, quia in hoc non consenserit.

Die Besitzübertragung beim pignus setzt übrigens nicht unbedingt reale Besitzübergabe voraus; vielmehr genügt nach rR. constitutum possessorium (S. 683), d. h. die Erklärung des Verpfänders, fortan für den Pfandgläubiger zu besitzen. Dagegen ersetzt nach BGB. § 1205 ein constitutum possessorium die erforderliche Übergabe nicht, da hierdurch das Erfordernis der Erkennbarkeit des Pfandrechts beseitigt werden würde (S. 823[1]).

[2]) D. 20, 1, 5, pr.: Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacumque obligatione.

Sache ist (D. 23, 3, 22).[3]) Hiervon gibt es aber verschiedene Ausnahmen.

a. Auch der Superfizier, Emphyteuta (D. 13, 7, 16, 2) und publizianische Besitzer (D. 20, 1, 18) können die ihrem Recht unterstehende Sache verpfänden, freilich nur soweit ihr Recht reicht. Die Formel der actio hypothecaria (S. 828[5]) setzte deshalb nur ein „in bonis esse" des Verpfänders voraus.

b. Konvaleszenz tritt ein:

1) wenn der Pfandvertrag in Hinblick auf künftigen Erwerb durch den Verpfänder abgeschlossen wird, mit dem Erwerb des Eigentums durch diesen, zB. bei der Generalverpfändung des gesamten gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens des Verpfänders, der Verpfändung von Zuwüchsen (D. 20, 1, 15) oder sub condicione si res debitoris facta fuerit (D. 20, 1, 16, 7);

2) falls der Verpfänder nach Abschluß des Pfandvertrags Eigentümer wird und der Pfandnehmer den Verpfänder für den Eigentümer gehalten hatte (vgl. jedoch D. 20, 4, 9, 3);

3) falls der Eigentümer den Verpfänder beerbt (D. 20, 1, 22, vgl. dagegen D. 13, 7, 41).

3. Erhält der Pfandnehmer in Verfolg des Verpfändungsvertrags den Besitz des Pfandgegenstands (liegt also ein pignus vor), so entstehen zwischen dem Verpfänder und dem Pfandnehmer obligatorische Verpflichtungen[4]) und zwar auch dann, wenn ein gültiges Pfandrecht (zB. weil der Verpfänder nicht Eigentümer der verpfändeten Sache war) gar nicht entstanden war (zB. D. 13, 7, 9, pr. u. 4).

α. Der Pfandnehmer ist verpflichtet, nach Tilgung der versicherten Forderung oder Freigabe des

---

[3]) Dagegen gelten nach BGB. §§ 891 ff., 1207 für den redlichen Erwerb eines Pfandrechts von einem Nichteigentümer die Grundsätze über den redlichen Eigentumserwerb vom Nichteigentümer (S. 741[9]).

[4]) Die diesbezüglichen Vorschriften finden sich in D. 13, 7 und C. 4, 24: De pigneraticia actione vel contra.

Pfandes die Pfandsache nebst Zubehör dem Verpfänder zurückzugeben (D. 13, 7, 9, 3 ff. u. 11; vgl. BGB. § 1223), es sei denn, daß er sie (als „pignus Gordianum", oben S. 471[5]) wegen anderer Forderungen zurückhalten kann. Hat der Pfandnehmer die Pfandsache zwecks seiner Befriedigung verkauft, so hat er den etwaigen Überschuß (superfluum s. hyperocha) nebst Zinsen dem Verpfänder herauszuzahlen (D. 13, 7, 6, 1; vgl. BGB. § 1247). Er haftet endlich hinsichtlich der Verwahrung, Behandlung und Verwaltung der Pfandsache für omnis culpa[5]).

Zur Einklagung dieser Verpflichtungen des Pfandgläubigers dient dem Verpfänder die actio pigneraticia in personam directa[5a]).

β. Für den Verpfänder können Gegenverpflichtungen entstehen, dies ist jedoch nichts dem Pfandvertrage begrifflich anhaftendes, wie die Verpflichtung des Pfandnehmers. Der contractus pigneraticius (pignus im Sinne von Verpfändungsvertrag) ist also ein contractus bilateralis inaequalis (S. 269).

Die Verpflichtungen des Verpfänders können gehen: auf Ersatz des durch sein Verschulden dem Pfandnehmer zugefügten Schadens (zB. bei Verpfändung eines das Vieh des Pfandnehmers ansteckenden Tieres, D. 13, 7, 16, 1); ferner auf Ersatz der notwendigen oder vom Verpfänder genehmigten Auslagen (D. 13, 7, 8, pr. u. 25; BGB. § 1216).

Die Verpflichtungen des Verpfänders kann der Pfandnehmer — außer durch Zurückhaltung, S. 470 — durch eine actio pigneraticia in personam contraria zur Anerkennung bringen[6]).

---

[5]) Vgl. I. 3, 14, 4; D. 13, 7, 13, 1 u. 14: Venit autem in hac actione et dolus et culpa ut in commodato: venit et custodia: vis maior non venit. Ea igitur, quae diligens pater familias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur.

[5a]) Mit dieser Kontraktsklage kann zB. die actio legis Aquiliae konkurrieren (S. 666[17a]), wenn der Pfandgläubiger die verpfändete Sache beschädigt (D. 13, 6, 18, 1).

[6]) Die ursprünglich nur für das pignus berechneten Klagen wurden später auch bei der Hypothek sowie den richterlichen und gesetz-

4. Beim Pfandvertrage werden von den Beteiligten vielfach Nebenabreden getroffen, zB. dahin, daß der Verkauf des Pfandes zulässig oder unzulässig sein solle (oben S. 827), ferner das pactum antichreticum (unten S. 843) und die (seit Konstantin unzulässige, unten S. 845) Verfallklausel (lex commissoria).

b. Richterliches Pfandrecht entsteht:

1. als pignus praetorium durch die Einweisung in einen Gegenstand zwecks Sicherstellung (missio in possessionem, S. 422), wobei aber der Eingewiesene nur Detention (ein in possessione esse custodiae causa, D. 41, 2, 10, 1; 41, 5, 2, pr.), aber kein Verkaufsrecht[7]) und bis auf Justinian im Falle des Besitzverlusts keine dingliche Klage hatte (C. 8, 21, 2);

2. als pignus in causa iudicati captum. Seit der 3. Periode findet neben der bisher allein zulässig gewesenen Zwangsvollstreckung in das gesamte Vermögen des Schuldners (Konkurs) auf Antrag des Gläubigers einer Urteilsforderung eine Vollstreckung in einzelne Vermögensstücke statt, indem diese auf Anordnung des Magistrats durch seine Gerichtsdiener (apparitores, executores) zu Gunsten des Gläubigers in Besitz genommen und falls sie nicht binnen 2 Monaten eingelöst werden, öffentlich verkauft werden (vgl. heute ZPO. §§ 803 ff.).[8]) Zuerst werden

lichen Pfandrechten entsprechend angewendet. So wurde eine utilis pigneraticia actio directa oder hypothecaria in personam directa dem Verpfänder gegeben, wenn der Hypothekar sich wegen Nichtzahlung der fällig gewordenen Forderung (mit der actio hypothecaria in rem) in den Besitz der Sache gesetzt hatte, die Forderung später aber getilgt wurde. In gleichem Falle konnte umgekehrt der Hypothekar den Verpfänder mit einer actio hypothecaria in personam contraria belangen, zB. wegen gehabter Auslagen.

Über die umgekehrte Anwendung der ursprünglich nur für den Hypothekar geschaffenen dinglichen Klage (actio quasi Serviana) auf den Pignusgläubiger vgl. unten S. 840.

[7]) Also ähnlich wie heute bei der Zwangsverwaltung eines Grundstücks, ZwVG. §§ 146 ff.

[8]) Als dritter Fall richterlichen Pfandrechts wird von manchem die Zuteilung im Teilungsprozeß (S. 628) bezeichnet; doch enthalten die Quellen hierüber nichts.

die Mobilien, falls diese nicht hinreichen, die Immobilien, endlich auch die Forderungen der Schuldner gepfändet (D. 42, 1, 15, 2 und l. 31, C. 8, 21, 1). Finden die zum Verkauf gestellten Gegenstände keinen Käufer, so werden sie zu einem der Forderung entsprechenden Teile dem Gläubiger zugesprochen (D. 42, 1, 15, 3, C. 8, 22, 3).

c. Gesetzliches Pfandrecht[9]).

Kraft Gesetzes bestehen unter bestimmten Voraussetzungen Pfandrechte teils an einzelnen Sachen (gesetzl. Spezialpfandrechte), teils am ganzen Vermögen (gesetzl. Generalpfandrechte), vgl. unten S. 837).

1. Gesetzliche Spezialpfandrechte stehen zu:

α. dem Vermieter eines praedium urbanum (S. 256) an den invecta et illata des Mieters, S. 577, und Aftermieters, S. 574[6], und dem Verpächter eines praedium rusticum an den Früchten des Pachtguts (nicht auch an den eingebrachten Sachen des Pächters, D. 20, 2, 4, pr., S. 580);

β. auf Grund eines Senatsschlusses unter Mark Aurel demjenigen, „qui pecuniam ob restitutionem aedificii exstruendi mutuam dedit" an dem aufgebauten Hause (D. 20, 2, 1, sog. pignus insulae);

γ. den bevormundeten Unmündigen wegen ihrer Ersatzforderungen gegen den Vormund an den mit ihrem Gelde erworbenen Gegenständen (D. 20, 4, 7, pr., C. 7, 8, 6);

δ. den Vermächtnisnehmern wegen ihrer Legatsforderungen an den vom Belasteten aus der Erbschaft erworbenen Gegenständen (C. 6, 43, 1 und 2, Nov. 108, 2).

---

[9]) D. 20, 2: In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur; vgl. C. 8, 14. Die Bezeichnung des gesetzlichen als „stillschweigendes Pfandrecht" führt auf das älteste gesetzliche Pfandrecht, das des Vermieters und Verpächters zurück; oben S. 577[12]. Das älteste nicht auf dem vermutlichen Willen der Parteien, sondern auf positiver gesetzlicher Bestimmung beruhende Pfandrecht ist das pignus insulae.

2. Gesetzliche Generalpfandrechte stehen zu:

α. dem Fiskus wegen seiner Steuer- (C. 8, 14, 1) und Kontraktforderungen (C. 8, 14, 2);[10])

β. der Kirche wegen Verschlechterung ihrer Emphyteusen am Vermögen der Emphyteuten (Nov. 7, 3, 2);

γ. seit Konstantin den Bevormundeten am Vermögen ihrer Vormünder (C. 5, 37, 20; 5, 70, 7, 5a und 6c); verheiratet sich die zur Vormünderin ernannte Witwe, ohne das von ihr verwaltete Vermögen den Kindern herauszugeben, so erstreckt sich das Pfandrecht auch auf das Vermögen des neuen Ehemanns (C. 5, 35, 2 und 8, 14, 6, Nov. 22, 40);

δ. den Kindern am Vermögen:

a. ihres Vaters wegen der bona adventicia regularia (C. 5, 9, 8, 4, unten § 152 b 2);

b. des parens binübus (Vater oder Mutter) wegen der infolge der Wiederverheiratung den Kindern zufallenden lucra nuptialia (C. 5, 9, 8, 3, unten § 150 c 1);

ε. der (orthodoxen, Nov. 109) Ehefrau am Vermögen des Mannes wegen ihrer Forderung auf Rückgabe der — in sein Vermögen übergegangenen — dos (C. 5, 13, 1, 1 b u. c), sowie wegen der — seiner Verwaltung anvertrauten — (Paraphernal-) Kapitalien (C. 5, 14, 11);

ζ. dem Ehemann am Vermögen desjenigen, der ihm eine Mitgift versprochen hat (C. 5, 13, 1, 1b);

η. demjenigen, dem etwas unter der Bedingung vermacht ist, daß der hinterbleibende Ehegatte sich wiederverheiraten sollte, am Vermögen des Ehegatten wegen Erstattung des bedingungsweise Hinterlassenen (Nov. 22, 44).[11])

---

[10]) Allgemein sagt Hermogenian in D. 49, 14, 46, 3: fiscus semper habet ius pignoris. Die fiskalischen Privilegien stehen auch dem Kaiser und seiner Gemahlin zu (D. 49, 14, 6, 1).

[11]) Das moderne Reichsrecht, nach welchem das Pfandrecht bei Immobilien an die Eintragung, bei Mobilien an die Besitzübergabe geknüpft ist, kennt keine gesetzlichen Generalpfandrechte, da dies den Grundsätzen der Publizität und Spezialität widersprechen würde (S. 821[1]). Gesetzliche Spezialpfandrechte bestehen zB.:

§ 142. Gegenstand, Umfang, Inhalt des Pfandrechts.

a. Gegenstand des Pfandrechts.

Verpfändet werden kann alles, was verkauft werden kann (D. 20, 1, 9, 1: Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignerationem recipere potest), also was in commercio ist (D. 20, 3, 1, 2).

1. Pfandrecht an körperlichen Sachen.

α. Auch ein ideeller Anteil an einer Sache kann verpfändet werden (C. 8, 20, 1) und zwar (anders BGB. §§ 1114, 1258) nicht nur durch einen Miteigentümer, sondern auch durch einen Alleineigentümer (vgl. D. 20, 6, 8, 3, und für den Fall der reellen Teilung der Pfandsache, D. 20, 6, 7, 4), ferner auch die nuda proprietas (S. 711[2], D. 13, 7, 18, 1). Über die Verpfändung zukünftiger Sachen, sowie der Früchte auf dem Halme vgl. S. 252 (D. 20, 1, 15, pr.; 20, 1, 29, 1).

β. Wird eine Sachgesamtheit (universitas facti) verpfändet, so ergreift das Pfandrecht an sich nur die im Augenblicke der Verpfändung vorhandenen Gegenstände; bei den einem regelmäßigen Ab- und Zugang unterworfenen Sachgesamtheiten (Warenlager, Herde) müssen jedoch nach der vermutlichen Absicht der Beteiligten die bei diesem Wechsel ausscheidenden Sachen als von dem Pfandrecht befreit, die neu eintretenden als ihm unterworfen angesehen werden, sodaß das Pfandrecht die im Augenblicke der Geltendmachung vorhandenen Gegenstände umfaßt (S. 244).[1])

γ. Auch vertretbare Sachen (Getreide, Geld, D. 20, 1, 34, 2) können verpfändet werden, und zwar nicht nur so, daß der Pfandnehmer sie zunächst als Pfandgläubiger

---

a. nach BGB. für den Vermieter und Verpächter (§§ 559 ff., 585), Pächter (§ 590), Unternehmer eines Werkes (§ 647) und Gastwirt (§ 704);

b. nach HGB. für den Kommissionär (§ 397), Spediteur (§ 410), Lagerhalter (§ 421), Frachtführer (§ 440).

[1]) D. 20, 1, 34, pr. Vgl. BGB. § 560 S. 2.

besitzen und sich aus ihnen gegebenen Falls befriedigen soll (zB. Kassierer A übergibt beim Antritte seiner Stellung seinem Prinzipal B 3000 M. in einem versiegelten Umschlag oder in Reichsanleihestücken als „Kaution"), sondern auch so, daß Eigentum und Gefahr der übergebenen Sachen sogleich auf den Pfandnehmer übergehen und dieser nur verpflichtet ist, nach Beendigung des Pfandrechts tantundem eiusdem generis (S. 487) zurückzugeben, im Falle der Geltendmachung des Pfandrechts aber berechtigt ist, sich aus seiner Schuld durch Aufrechnung (bei Geldschulden) oder in sonstiger Weise (bei anderen Fungibilien) zu befriedigen (pignus irregulare; vgl. S. 616 über das verwandte depositum irregulare).

2. Pfandrecht an Rechten.

Ein Pfandrecht an Rechten ist erst in der Kaiserzeit aufgekommen. Es ist nur an solchen Rechten denkbar, die mindestens der Ausübung nach übertragen werden können, wie Forderungen, Superfizies (D. 20, 4, 15), Emphyteuse, Nießbrauch (D. 20, 1, 11, 2), nicht aber am usus (S. 809) und an Grunddienstbarkeiten (D. 20, 1, 11, 3, vgl. jedoch unten S. 837).

a. Forderungen können Gegenstand eines (vertraglichen, richterlichen, gesetzlichen) Pfandrechts sein (pignus nominis), soweit sie abtretbar sind[2]). Der Forderungspfandgläubiger kann sich wegen seiner Forderung aus der ihm verpfändeten Forderung in doppelter Weise befriedigen:

a. entweder so, daß er nach Fälligkeit der Forderung deren Gegenstand (mit der ihm als utilis actio zustehenden

---

[2]) Vgl. BGB. §§ 1273 ff., 1280 ff. und für die im Vollstreckungsverfahren erfolgende Pfändung CPO. §§ 828 ff. Zur Wahrung des Grundsatzes der Publizität ist bei der Verpfändung von Forderungen, zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag genügt (zB. einfachen Schuldscheinsforderungen) zur Entstehung des Pfandrechts Anzeige (Denuntiation) an den Schuldner erforderlich (BGB. § 1280). Streitig ist, ob die Verpfändung einer Forderung als Begründung eines „Rechts am Rechte" oder als eine zu Pfandrechtszwecken vorgenommene „beschränkte Cession" aufzufassen ist.

Klage des Gläubigers) vom Schuldner beitreibt und das Beigetriebene, falls es Geld ist, mit seiner Forderung aufrechnet, falls es nicht Geld ist, als Pfand behält (sog. ius exigendi, D. 13, 7, 18, pr., C. 8, 16, 4),

b. oder durch Weiterverkauf der verpfändeten Forderung unter Aufrechnung des Erlöses auf die Forderung (sog. ius distrahendi, C. 4, 39, 7).

Wird eine durch ein Pfandrecht gesicherte Forderung von dem Gläubiger weiterverpfändet, so erhält der neue Pfandgläubiger bis zum Betrage seiner Forderung an dem Pfande ein sog. Afterpfandrecht (pignus pignoris, subpignus, D. 20, 1, 13, 2; vgl. C. 8, 23: Si pignus pignori datum sit).[3])

β. Servituten können in doppelter Weise verpfändet werden.

a. Die Verpfändung einer schon bestehenden Servitut durch den Servitutberechtigten ist nur beim Nießbrauche zulässig (D. 20, 1, 11, 2). Dann gilt die allein übertragbare Ausübung des Nießbrauchs als verpfändet. Im Falle der Nichtzahlung der versicherten Forderung kann dann die Ausübung des Nießbrauchs pfandrechtlich verkauft werden.

b. Die Verpfändung einer erst zu begründenden Servitut durch den Eigentümer ist außer beim Nießbrauch auch bei Rustikalservituten zulässig, aber nur an einen Nachbarn (D. 20, 1, 12).

3. Pfandrecht an einem Vermögen.

Auch das ganze — gegenwärtige und zukünftige (D. 20, 1, 15, 1) — Vermögen einer Person kann Gegenstand eines vertraglichen oder gesetzlichen Pfandrechts sein, sog. Generalpfandrecht. Das vertragliche Generalpfandrecht ergreift im Zweifel aber nicht die Gegenstände, die der Verpfänder vermutlich auch speziell nicht verpfändet haben würde (Hausrat, Kleider; D. 20, 1, 6 ff., C. 8, 16, 1).

---

[3]) Manche fassen die Afterverpfändung als Bestellung eines neuen Pfandrechts an der Pfandsache auf.

b. Umfang des Pfandrechts.

1. Das Pfandrecht erstreckt sich außer auf die Pfandsache selbst mit Rechtsnotwendigkeit auf die mit ihr zu einer rechtlichen Einheit verbundenen Sachen, zB. bei einem Grundstück auf die darauf errichteten Gebäude (D. 13, 7, 21, vgl. aber D. 20, 1, 29, 2), den kraft der Elastizität des Eigentums (S. 710) an den Eigentümer zurückfallenden Nießbrauch (D. 13, 7, 18, 1), die Anschwemmung (D. 20, 1, 16, pr.).[4]) Die Pertinenzen und Früchte gelten mangels anderer Abrede als mitverpfändet, sofern sie dem Verpfänder zukommen (D. 20, 1, 29, 1, C. 8, 14, 3; vgl. BGB. §§ 1120 ff.).

2. Die Pfandsache haftet außer für die Forderung selbst auch für deren Erweiterungen, wie gesetzliche Zinsen und Auslagen des Pfandgläubigers, zB. für die Beitreibung der Forderung (D. 13, 7, 8, 5), dagegen für vereinbarte Zinsen und für eine Vertragsstrafe nur, wenn die Parteien dies beabsichtigten (D. 13, 7, 11, 3; 20, 1, 13, 6; vgl. BGB. §§ 1118, 1210).

3. In dem zu 1 bestimmten Umfange haftet die ganze Pfandsache für die ganze versicherte Forderung (pignoris causa est indivisa, D. 21, 2, 65). Wird also die Pfandsache geteilt, dann haftet jeder Teil für die ganze Forderung; es entstehen sog. Korrealpfandrechte, ebenso wenn mehrere Sachen für die gleiche Forderung verpfändet sind (D. 20, 1, 19, BGB. §§ 1132, 1222) und wird die Forderung teilweise zurückgezahlt oder wird sie zB. im Wege des Erbgangs auf mehrere Erben des Gläubigers geteilt, so kann jeder Gläubiger für seine Teilforderung die ganze Sache in Anspruch nehmen (C. 8, 31, 1). Wird der Verpfänder von mehreren Erben beerbt, so teilt sich zwar dessen persönliche Schuld unter die Erben (nomina ipso iure sunt divisa, unten § 164 a 2), aber die Pfandsache bleibt für jeden der Schuldanteile ganz verhaftet (D. 13, 7, 8, 2).

---

[4]) Nicht aber auf selbständige Accessionen, wie die insula in flumina nata, den alveus derelictus und einen Schatz; D. 7, 1, 9, 4; 43, 20, 3, 2 (hier ist statt „funduo tuo", „fundo meo" zu lesen).

c. Inhalt des Pfandrechts.

1. Verhältnis des Pfandrechts zum Eigentum.

Der Eigentümer ist in der Verfügung über seine Sache durch eine Verpfändung nur insoweit beschränkt, als dies zur Erhaltung des Pfandrechts erforderlich ist. Er darf die verpfändete Sache daher sowohl veräußern[5]), wobei nach rR. (anders nach BGB. §§ 936, 1207, 1208, vgl. S. 741[9]) das Pfandrecht als dingliches Recht auch einem gutgläubigen Erwerber gegenüber wirksam bleibt (fundus transit cum sua causa, D. 13, 7, 18, 2, vgl. C. 8, 27, 12 u. 17), als auch weiter belasten, wobei dann das frühere Pfandrecht grundsätzlich vorgeht (S. 848). Jedoch können die Parteien vereinbaren, daß der Verpfänder das Pfand nicht veräußern darf[6]).

2. Besitz der Pfandsache.

Der Pfandgläubiger hat ein Recht zum Besitze der Pfandsache. Jedoch ist in dieser Beziehung auch noch nach jüngstem rR. (S. 828[3]) zwischen pignus und hypotheca zu unterscheiden.

Der Faustpfandgläubiger wird sofort mit der Verpfändung juristischer Besitzer des Pfandes und hat ein Recht

---

[5]) Hierin kann jedoch ein furtum possessionis (S. 656[5]) liegen (D. 47, 2, 19, 6).

[6]) Die Wirkung dieses pactum de non alienando ist streitig. D. 20, 5, 7, 2 bestimmt in der Lesart der Florentina und der Basiliken: Quaeritur, si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid iuris sit, et an pactio nulla sit talis, quasi contra ius sit posita, ideoque veniri possit. et certum est nullam esse venditionem, ut pactioni stetur. Danach wäre diese Abrede gültig und der Verkauf nichtig. Da dies Ergebnis aber mit dem Grundsatze in Gegensatz steht, daß vertragliche Veräußerungsverbote keine dingliche Wirkung haben (S. 312), schiebt Mommsen hinter nullam esse ein „nec impediendam esse", sodaß die Stelle den entgegengesetzten Sinn ergibt: et certum est, nullam esse (sc. pactionem) nec impediendam esse venditionem. So auch BGB. § 1136.

Nicht zu verwechseln mit dem vertragsmäßigen Ausschluß der Verkaufsbefugnis des Eigentümers (pactum de non alienando) ist der Ausschluß der Verkaufsbefugnis des Gläubigers (pactum de non distrahendo, unten S. 844).

auf den Besitz bis zur Beendigung des Pfandrechts; ihm steht demnach auch der Besitzschutz zu (D. 13, 7, 35, 1, S. 674). Der Hypothekar dagegen erhält den Besitz zunächst nicht; erst wenn seine Verkaufsbefugnis eingetreten ist, hat er einen Anspruch auf Herausgabe der Pfandsache, damit er in die Lage versetzt wird, seine Hypothek durch den von ihm[7]) zu bewirkenden Verkauf der Pfandsache (S. 845) zu verwirklichen. Nur im Falle der Gefährdung hat der Hypothekar auch schon vorher ein Recht auf Besitzerlangung (D. 20, 1, 14, pr.; ähnlich BGB. §§ 1133—1135).

Zur Erlangung des Besitzes gewährt das rR. dem Pfandgläubiger verschiedene Rechtsbehelfe.

a. Dem Faustpfandgläubiger, der den Besitz der Pfandsache verloren hat, und dem Hypothekar, der ihn nach Eintritt seiner Verkaufsberechtigung erlangen will, steht als petitorische Klage die actio Serviana und quasi Serviana (actio pigneraticia in rem und actio hypothecaria, S. 827) zu, welche nach Voraussetzungen und Wirkungen der rei vindicatio (S. 770) nachgebildet ist (vindicatio pignoris, D. 20, 1, 16, 3).

a. Kläger ist der nicht besitzende Pfandgläubiger, Beklagter, wer die Pfandsache besitzt oder detiniert; die

---

[7]) Nach BGB. erfolgt die Verwirklichung des Pfandrechts an einer unbeweglichen Sache nicht durch den Pfandgläubiger selbst, sondern auf dessen Antrag durch das Gericht im Wege der Zwangsvollstreckung (Zwangsverwaltung zwecks Befriedigung aus den Einkünften, Zwangsversteigerung zwecks Befriedigung aus dem Verkaufswert). Vgl. CPO. §§ 864 ff., RG. über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24. März 1897 („ZwVG."). Nach BGB. klagt der Grundstückspfandgläubiger also nicht wie nach rR. auf Herausgabe des Grundstücks, sondern auf Zahlung der Schuld zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung in das verpfändete Grundstück; daher gilt nach CPO. §§ 592 (Urkundenprozeß), 688 (Mahnverfahren), 794[5] (vollstreckbare Urkunden) der Anspruch aus einer Hypothek usw. als ein „Anspruch, welcher die Zahlung einer Geldsumme zum Gegenstande hat".

Bei beweglichen Sachen dagegen hat der Pfandgläubiger, falls er nicht im Alleinbesitze ist, nach Eintritt seiner Verkaufsberechtigung auch heute noch keinen Anspruch auf Herausgabe des Pfandes zum Zwecke des Verkaufs (§§ 1231 ff.).

Klage geht aber auch gegen einen fictus possessor (S. 773, D. 20, 1, 16, 3). Die Klage geht zunächst auf Herausgabe der Pfandsache mit den nach der Klageerhebung gewonnenen und gewinnbaren Früchten und, falls die Pfandsache selbst nicht ausreicht, zur Zeit der Klageerhebung noch vorhandenen Früchten (D. 20, 1, 16, 4). Sie ist, wie die Formel zeigt (S. 828[5]), eine actio arbitraria (S. 386): wird dem arbitratus nicht Folge geleistet, so wird der Pfandbesitzer, falls er der Schuldner ist, auf den Betrag der Forderung, falls er ein dritter Besitzer ist, auf den Wert der Pfandsache verurteilt; der Kläger hat dann den etwaigen Mehrbetrag dem Schuldner als hyperocha auf dessen actio pigneraticia in personam directa herauszuzahlen (D. 20, 1, 21, 3, S. 832[6]).

b. Gegen die actio Serviana kann sich der Beklagte verschiedener Einwendungen bedienen.

1) Gegen die dingliche Pfandklage kann der Beklagte wegen der accessorischen Natur des Pfandrechts (S. 824) alle Einwendungen geltend machen, die gegen die versicherte Forderung Platz greifen (zB. deren Tilgung).[8])

2) Der Beklagte kann einwenden, daß er selbst an der Pfandsache ein besseres Pfandrecht hat (S. 852, „si non mihi ante pignori hypothecaeve nomine sit res obligata", D. 20, 4, 12, pr., vgl. BGB. § 1232).

3) Der dritte Besitzer der Pfandsache, nicht aber der persönliche Schuldner, kann die Herausgabe wegen Verwendungen verweigern, und zwar wegen notwendiger stets, wegen nützlicher nur, wenn er gutgläubig besaß (D. 20, 1, 29, 2).

4) Der Beklagte kann die Einrede der Verjährung erheben. Die Pfandklage verjährt regelmäßig in der ordentlichen Verjährungszeit von 30 Jahren (S. 364); gegen den

[8]) Dagegen braucht sich nach BGB. der gutgläubige Erwerber einer Hypothek Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner nur entgegensetzen zu lassen, wenn sie sich aus dem Grundbuch (unter Umständen aus dem Inhalt des Briefes, § 1140) ergeben (§§ 1138 ff.); das erfordert der Grundsatz des „öffentlichen Glaubens des Grundbuchs" (S. 709[1]).

Verpfänder und dessen Erben — und bei Lebzeiten des Verpfänders auch gegenüber einem nachstehenden Pfandgläubiger — verjährt sie jedoch erst in 40 Jahren (C. 7, 39, 7).

5) Jeder Besitzer der Pfandsache, auch der bösgläubige, hat das ius offerendae pecuniae, d. h. er kann den Anspruch auf Herausgabe durch Zahlung der Forderung des Klägers beseitigen (D. 20, 4, 12, 5; 20, 6, 12, 1; vgl. über das ähnliche Ablösungsrecht des BGB. §§ 268, 1249).

6) Endlich stehen dem Besitzer der Pfandsache drei beneficia iuris zu:

das ben. cedendarum actionum: der gutgläubige Besitzer kann gegen Befriedigung des Pfandgläubigers Abtretung seiner Forderung verlangen (D. 20, 4, 19);

das ben. excussionis realis: der Schuldner, der dem Kläger eine Sache speziell und daneben sein ganzes Vermögen verpfändet hat, kann beanspruchen, daß der Gläubiger zunächst aus dem Spezialpfande seine Befriedigung sucht (C. 8, 13, 2; 8, 27, 9);

das ben. excussionis personalis, eingeführt durch Justinians Nov. 4, 2: der dritte Besitzer der Pfandsache kann verlangen, daß der Kläger seine Befriedigung zunächst bei den persönlichen Schuldnern (dem Hauptschuldner und etwaigen Bürgen) zu erlangen versucht, falls diese zahlungsfähig und in derselben Provinz anwesend sind[9]). Deshalb kann der Pfandgläubiger auch unter Verzicht auf das Pfand den Bürgen allein belangen (D. 46, 1, 51, 3).

β. Als possessorischer Rechtsbehelf steht dem Pfandgläubiger das — in den Einzelheiten dunkle[9a]) — inter-

[9]) Dem heutigen Recht ist das beneficium excussionis personalis unbekannt; nach BGB. kann der Gläubiger wählen, ob er zunächst die persönliche Klage oder die dingliche Klage erheben, oder ob er beide verbinden will. Eine Art von beneficium excussionis realis gewährt CPO. § 777, eine dem ben. cedendarum actionum ähnliche cessio legis (S. 530) BGB. § 1249.

[9a]) Zweifelhaft ist insbesondere, ob das int. Salvianum über sein ursprüngliches Anwendungsgebiet (Miete, S. 578) ausgedehnt wurde und ob es nur gegen den Verpfänder (so C. 8, 9, 1) oder auch gegen dritte ging (hierfür D. 43, 33, 1 und 2).

dictum (adipiscendae possessionis, G. 4, 147) Salvianum (D. 43, 33, C. 8, 9) zu. Hierbei braucht der Kläger nicht, wie bei der actio Serviana nachzuweisen, daß die Pfandsache tempore conventionis in bonis debitoris war.[10])

γ. Neben der der Eigentumsklage analogen Klage (vindicatio pignoris) kann der Pfandgläubiger utiliter noch andere, zunächst dem Eigentümer zustehende Klagen anstellen, zB. die actio confessoria und negatoria (D. 8, 1, 16, S. 783), die actio legis Aquiliae (D. 9, 2, 17, S. 662).

3. Nutzung der Pfandsache.

Im Pfandrechte liegt an sich nicht die Befugnis zur Nutzung der Pfandsache. Der Gläubiger darf diese also nur auf Grund ausdrücklicher oder stillschweigender Zustimmung des Verpfänders für sich gebrauchen und nutzen, sonst macht er sich eines furtum usus schuldig (D. 47, 2, 55, pr.). Wenn jedoch ein Gläubiger, der ein unverzinsliches Darlehen gegeben hat, eine fruchttragende Sache zum Faustpfand erhält, so darf er auch ohne besondere Abrede „de fructibus rei sibi pigneratae ad modum legitimum usuras retinere" (D. 20, 2, 8); sog. antichresis tacita.

Eine wirkliche Antichrese (pactum antichreticum) liegt dagegen vor, wenn ausbedungen wird, daß der

---

[10]) Gemeinrechtlich gab man das int. Salv. jedem Gläubiger, der sein Pfandrecht „prima facie" bescheinigte, d. h. auch nur glaubhaft machte. Zulässig waren ferner (auf Grund von C. 8, 13, 3) sog. pacta de ingrediendo, wodurch der Pfandschuldner dem Gläubiger die Befugnis einräumt, sich eigenmächtig in den Besitz der Pfandsache zu setzen. Gewalt gegen die Person des Schuldners durfte der Gläubiger aber auch hierbei nicht anwenden. Ähnlich gestaltet ist heute nur die Geltendmachung des Vermieterpfandrechts (BGB. § 561). Im übrigen ist der Pfandgläubiger in dringenden Fällen auf den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung angewiesen (CPO. §§ 935 ff.). Der Schuldner kann sich zwar nach CPO. § 794[5] in einer öffentlichen Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfen; dies ersetzt aber nur den sonst erst durch Klage zu erlangenden „vollstreckbaren Titel"; der Gläubiger kann sich aber die Pfandsachen nicht selbst aneignen, sondern muß einen Gerichtsvollzieher mit der Zwangsvollstreckung beauftragen.

Gläubiger die Nutzungen der Sache an Stelle der Zinsen behalten soll (χρῆσις ἀντὶ τῶν τόκων, fructus in vicem usurarum, D. 20, 1, 11, 1, C. 4, 32, 17). Hierbei braucht der Gläubiger nicht den Überschuß des Fruchtertrags über die landesüblichen Zinsen herauszugeben, trägt aber andererseits die Gefahr eines Mindererertrags (C. 4, 32, 14). Deswegen finden die Vorschriften über das erlaubte Zinsmaß (S. 444) auf die Antichrese keine Anwendung[11]).

4. Verkaufsbefugnis des Pfandgläubigers.

Wie S. 827 dargelegt, ist im jüngsten rR. die Verkaufsbefugnis ein begriffsnotwendiger Bestandteil des Pfandrechts[12]).

a. Voraussetzungen des Pfandverkaufs sind:

a. Fälligkeit der Schuld (D. 13, 7, 8, 3; 20, 5, 4) und Nichtbefriedigung derselben; ist der Gläubiger in mora accipiendi (S. 466), so muß der Schuldner hinterlegen, um das Verkaufsrecht auszuschließen.

b. Verkaufsandrohung an den Schuldner (C. 8, 33, 3, 1). Hat dieser mit dem Gläubiger ein pactum de non distrahendo geschlossen, so wird hierdurch die Verkaufsbefugnis zwar nicht ausgeschlossen (S. 827), die Androhung muß aber dreimal erfolgen (D. 13, 7, 4).

c. Ablauf von zwei Jahren nach der (letzten) Androhung oder dem Urteil (C. 8, 33, 3, 1). Beim pignus in causa iudicati captum (S. 832) kann der Verkauf 2 Monate nach der Pfändung erfolgen (D. 42, 1, 31).

Der Verkauf ist zulässig, ohne daß der Gläubiger seine Forderung gerichtlich zur Anerkennung zu bringen braucht. Liegt jedoch ein Urteil vor, dann bedarf es nicht mehr der Verkaufsandrohung[13]).

---

[11]) Im BGB. ist die Antichrese als dingliche Grundstücksbelastung nicht anerkannt, wohl aber bei beweglichen Pfändern (§ 1213).

[12]) Vgl. D. 20, 5: De distractione pignorum et hypothecarum; vgl. C. 8, 27 und 28.

[13]) Nach heutigem Recht wird das Grundstückspfandrecht nur im Wege der Zwangsvollstreckung verwirklicht (S. 840[7]), setzt also einen

Über den Verkauf durch einen posterior creditor vgl. S. 852.

β. Die Vollziehung des Verkaufs erfolgt durch private[14]) Veräußerung des Gläubigers, der bei der Haftung mehrerer Pfänder alle oder einzelne veräußern kann (D. 20, 5, 8; ebenso BGB. § 1230). Der Gläubiger darf bei eigener Verantwortlichkeit — da der contractus pigneraticius zu den bonae fidei contractus gehört — nicht absichtlich gegen das Interesse des Pfandschuldners handeln (D. 18, 2, 10, C. 8, 27, 4 u. 7, C. 8, 29, 4 u. 5; vgl. BGB. § 1243 Abs. 2).

Das Pfand kaufen kann weder dessen Eigentümer (D. 18, 1, 39, pr.: suae rei emptio non valet, S. 547) noch der verkaufende oder ein anderer Pfandgläubiger, auch nicht durch eine vorgeschobene Person (nemo secum contrahere potest, C. 8, 27, 10; anders BGB. § 1239, CPO. § 817 Abs. 4). Findet sich jedoch kein Käufer und bleibt eine nochmalige Mahnung fruchtlos, so kann der Gläubiger vom Regenten Zuschlag der Sache zum Schätzungswert verlangen (sog. impetratio dominii, C. 8, 33, 3). Der Schuldner behält jedoch zwei Jahre hindurch ein ius luitionis.

Nichtig ist die lex commissoria (seit Konstantin, C. 8, 34, 3, S. 826), d. h. die vor der Fälligkeit der Schuld getroffene Abrede, daß das Pfand dem Gläubiger

---

vollstreckbaren Titel (vgl. CPO. § 794) voraus. Dagegen bedarf es zur Verwirklichung des Pfandrechts an Mobilien keiner Vollstreckbarkeitserklärung der gesicherten Forderung (vgl. § 1233 Abs. 2), wohl aber muß diese fällig sein (§ 1228 Abs. 2), es muß eine Verkaufsandrohung vorhergegangen und nach dieser ein Monat verstrichen sein (§ 1234). Im Wege der Zwangsvollstreckung gepfändete Sachen dürfen regelmäßig nicht vor Ablauf einer Woche veräußert werden (CPO. § 816).

[14]) Nur der Fiskus mußte öffentlich (sub hasta, S. 78[4], vgl. C. 10, 3) verkaufen. Heute erfolgt der Verkauf von Immobilien durch gerichtliche Zwangsversteigerung (S. 840[7]), von Mobilien durch öffentliche Versteigerung (BGB. § 1235), der im Wege der Zwangsvollstreckung gepfändeten Sachen durch den Gerichtsvollzieher (CPO. §§ 814 ff.).

im Falle nicht rechtzeitiger Zahlung zu Eigentum zufallen solle (ebenso BGB. §§ 1149, 1229). Zulässig ist aber die Annahme des Pfandes an Zahlungsstatt nach eingetretener Fälligkeit (C. 8, 13, 13) und auch eine frühere Abrede, daß bei Nichtzahlung der Gläubiger das Pfand zum Schätzungswerte solle kaufen dürfen (D. 20, 1, 16, 9).

γ. Die Wirkungen des Pfandverkaufs sind:

a. Der Pfandgläubiger hat wie jeder Verkäufer (S. 552) die verkaufte Pfandsache dem Käufer zu übergeben (D. 20, 5, 13) und ihm das habere licere zu gewährleisten, haftet also — da der Pfandverkauf die dingliche Rechtslage der Sache natürlich ebensowenig beeinflußt als ein sonstiger Verkauf — an sich auch für Eviktion. Da er aber nur in Ausübung eines Pfandrechts verkauft, schränkt sich seine Eviktionshaftung ein. Wenn er die Sache ausdrücklich als Pfand veräußert hat, so braucht er nicht für das Eigentumsrecht des Verpfänders, sondern nur für seine Verkaufsbefugnis einzustehen, d. h. dafür, daß er ein Pfandrecht hatte und er der bestberechtigte Pfandgläubiger war (C. 8, 45, 1). Er haftet dagegen, wenn er seine Eigenschaft als Pfandgläubiger nicht kundgegeben hat, sowie selbstverständlich, wenn er dolos handelte oder die Garantie übernahm (C. 8, 45, 2). Dagegen hat der Käufer, dem die Sache evinziert ist, einen Anspruch gegen den Schuldner, der durch die unwiderrufliche Zahlung des Kaufpreises an seinen Gläubiger von seiner Schuld befreit ist (vgl. D. 21, 2, 38; 20, 5, 12, 1; 21, 2, 74, 1).

b. Der vom Käufer gezahlte Kaufpreis (Versteigerungserlös) wird Eigentum des Pfandgläubigers. Den Betrag, um den er den Schuldbetrag übersteigt — die hyperocha — hat der Pfandgläubiger den nachstehenden Pfandgläubigern und beim Fehlen solcher dem Verpfänder herauszugeben (D. 13, 7, 42). Bei Mindererlös behält er eine entsprechende Restforderung (C. 4, 10, 10; vgl. BGB. § 1247).

c. War der Verpfänder Eigentümer, so wird dies auch der Käufer[15]), sobald er den Kaufpreis gezahlt hat oder

[15]) Streitig ist, wie die Befugnis des Pfandgläubigers, fremdes Eigentum zu übertragen, zu erklären ist, da hierdurch der Grundsatz

kreditiert erhalten hat (S. 551, vgl. BGB. § 1238); alle dem Pfandrechte des verkaufenden Gläubigers nachstehenden Rechte (besonders Pfandrechte) erlöschen. Der Verpfänder hat ein Einlösungsrecht nur, wenn dies beim Verkauf vorbehalten ist (D. 20, 5, 7, 1).[16])

§ 143. Mehrheit von Pfandrechten.

a. Allgemeines[1]).

An derselben Sache können mehrere Pfandrechte bestehen, und es fragt sich alsdann, in welcher Art und in

---

nemo plus iuris usw. (S. 265) durchbrochen wird (D. 41, 1, 46). Ursprünglich führte man diese Befugnis auf eine im Verpfändungsvertrage erteilte Vollmacht zurück; der Pfandgläubiger verkaufe „procuratorio iure" (I. 2, 8, 1). Richtiger Ansicht nach handelt er auf Grund seines dinglichen Rechts, also aus eigenem Rechte (suum creditor negotium gerit, D. 13, 7, 42); ihm (nicht dem Schuldner) liegt daher auch die Gewährleistungspflicht ob (S. 556).

[16]) a. Energischer wirkt der Pfandverkauf einer Mobilie nach BGB. wegen des auch hier eingreifenden Schutzes des gutgläubigen Erwerbs (S. 741[9]). Besteht ein Pfandrecht für den Veräußerer und ist die Veräußerung rechtmäßig (§ 1243), so erlangt der Erwerber die gleichen Rechte, wie wenn er die Sache vom Eigentümer erworben hätte. Sonstige Pfandrechte erlöschen unbedingt, sonstige dingliche Rechte, soweit der Erwerber in gutem Glauben war (§ 1242). Wird dagegen eine Sache als Pfand veräußert, ohne daß dem Veräußerer ein Pfandrecht zusteht, oder ist die Veräußerung nicht rechtmäßig, so ist der gutgläubige Erwerber nur dann gegen Eviktion seitens des Eigentümers der Sache oder dinglich Berechtigter geschützt, wenn der Verkauf im Wege öffentlicher Versteigerung erfolgte (§ 1244).

b. Noch durchgreifender sind die Wirkungen der Zwangsversteigerung einer Immobilie. Nach ZwVG. §§ 90, 91 wird der Ersteher durch den Zuschlag Eigentümer des Grundstücks; außer den nach den Versteigerungsbedingungen bestehen bleibenden Rechten (das sind nach dem dem ZwVG. zu Grunde liegenden sog. Übernahmesystem vor allem die dem Rechte des betreibenden Gläubigers vorgehenden Rechte, ZwVG. §§ 44, 52, 59) erlöschen alle Rechte dritter an dem versteigerten Grundstücke.

[1]) D. 20, 4: Qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur et de his qui in priorum creditorum locum succedunt. C. 8, 17—19.

welchem Umfange jeder der Berechtigten sein Pfandrecht geltend machen kann und wie etwaige Kollisionen (S. 371) zu entscheiden sind.

1. Stammen die mehreren Pfandrechte von *verschiedenen* Autoren her, dann richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen die Kraft der ersteren nach der Stärke des Rechts der letzteren. Wer zB. von einem publizianischen Besitzer ein Pfandrecht eingeräumt erhält (S. 786), unterliegt demjenigen, der sein Pfandrecht von dem Eigentümer herschreibt. Sind beide Pfandrechte von zwei Gleichberechtigten (zB. publizianischen Besitzern) begründet, so gibt auch hier (S. 372) der Besitz den Vorzug (D. 20, 4, 14).

2. Besonderer Grundsätze bedarf es nur, wenn mehrere Pfandrechte von *demselben* Urheber begründet sind. Auch hierbei tritt jedoch eine zu Kollision führende Konkurrenz nur ein, wenn die Pfandrechte denselben Gegenstand betreffen, also zB. dann nicht, wenn jedes der Pfandrechte sich auf einen anderen (ideellen oder reellen) Teil der Pfandsache bezieht (D. 13, 7, 20, 1; 20, 1, 10).

3. Ruhen die Pfandrechte nun aber auf derselben ungeteilten Sache (in solidum) und haben sie ferner, als von dem gleichen Autor begründet, gleiche Kraft, dann fragt es sich: in welcher *Reihenfolge* sind sie zu befriedigen (Rangordnung, unten b), und in welchem *Rechtsverhältnisse* stehen die Gläubiger zu einander und zu der Pfandsache (unten c).

b. Rangordnung.

Für die *Rangordnung* (*Priorität*) entscheidend ist, wie auch sonst bei der Kollision dinglicher Rechte (S. 372), grundsätzlich das Alter des Pfandrechts. Es gilt: *prior tempore, potior iure* (C. 8, 17, 3; unten 1). Gleichzeitig entstandene Pfandrechte oder solche, deren Entstehungszeit nicht zu ermitteln ist, haben den gleichen Rang, es kann aber der Besitz dem einen eine größere Kraft verleihen[1a]).

[1a]) D. 20, 1, 10: Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit ita, ut utrique in solidum obligatae essent,

Gewisse Pfandrechte sind jedoch privilegiert, d. h. sie gehen trotz jüngerer Entstehungszeit älteren Pfandrechten vor. Diese Bevorzugung beruht teils auf der Entstehungsweise des Pfandrechts (unten 2), teils auf der Natur der durch das Pfandrecht gesicherten Forderungen (unten 3).

1. Zur Anwendung des Grundsatzes der Priorität bedarf es der Feststellung, von welchem Augenblick an ein Pfandrecht als vorhanden angesehen wird. Dies ist selbstverständlich der Fall, wenn die gesicherte Forderung entstanden, die Pfandsache dinglich gebunden und der Pfandvertrag gültig abgeschlossen ist. Häufig „datiert" das Pfandrecht aber schon von einem Zeitpunkt an, in welchem diese Umstände noch nicht sämtlich zusamengetroffen sind. Ein Pfandrecht wird nämlich hinsichtlich der Priorität schon von dem Augenblick an als vorhanden betrachtet, in welchem zu seiner Entstehung in einer den Verpfänder bindenden Weise der Grund gelegt ist. Das bedeutet im einzelnen:

a. Ist die gesicherte Forderung bedingt oder betagt, so datiert das Pfandrecht nicht erst vom Eintritte der Bedingung oder Zeitbestimmung, sondern schon von der Zeit der Bestellung an (D. 20, 4, 9, ebenso BGB. §§ 1113 Abs. 2, 1204 Abs. 2). Das Gleiche gilt, wenn die Verpfändung einer Bedingung oder Betagung unterstellt ist (D. 20, 4, 12, 2). Ist dagegen der Schuldner noch garnicht gebunden, die Begründung der Forderung oder des Pfandrechts also von seinem freien Willen abhängig, so entsteht das Pfandrecht erst mit dem Eintritt seiner Gebundenheit[2]). Daher datiert das Pfandrecht des Vermieters an den invecta et illata des Mieters nicht vom Abschluß des

singuli in solidum adversus extraneos Serviana utentur: inter ipsos autem si quaestio moveatur, possidentis meliorem esse condicionem: dabitur enim possidenti haec exceptio: „si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset".

[2]) D. 20, 4, 11, pr.: Potior est in pignore, qui prius credidit pecuniam et accepit hypothecam, quamvis cum alio ante convenerat, ut, si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata, licet ab hoc postea accepit: poterat enim, licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam.

Mietvertrags, sondern erst von der Illation an (D. 20, 4, 11, 2; S. 577).

β. Ist die verpfändete Sache zur Zeit der Verpfändung noch nicht im Eigentum des Verpfänders oder noch nicht vorhanden, so datiert das an ihr begründete Pfandrecht nicht erst vom Augenblicke des Eigentumserwerbs oder der Entstehung, sondern schon von seiner Bestellung an (S. 830), so auch bei Generalhypotheken hinsichtlich der später erworbenen Gegenstände (bestritten, vgl. D. 20, 4, 21, pr. und dagegen D. 20, 4, 7, 1).

2. Nach einer zur Verhütung betrügerischer „Zurückdatierung" von Pfandurkunden gegebenen Konstitution Kaiser Leos (C. 8, 17, 11) hat das publice (in einer öffentlichen Urkunde) oder quasi publice (in einer von drei Zeugen „probatae atque integrae opinionis" unterschriebenen Urkunde) bestellte Pfand den Vorzug vor den bloß privatschriftlich eingeräumten Pfändern, auch wenn die Privaturkunden das ältere Datum zeigen (pignus publicum oder quasi publicum).

3. Gewisse Pfandrechte, teils rechtsgeschäftliche, teils gesetzliche, genießen kraft positiver Bestimmung den Vorzug vor den nicht privilegierten älteren Pfandrechten. Diese zum Teil willkürlichen Pfandprivilegien waren ein Hauptmangel des römischen Pfandrechts (S. 821[1]).

α. Privilegiert sind:

a. Die gesetzliche Generalhypothek (S. 834) des Fiskus wegen der Steuern (C. 4, 46, 1);[3])

b. das Pfandrecht wegen in rem versio, d. h. für eine Forderung, welche aus einer Aufwendung für die Pfand-

---

[3]) Streitig ist, ob der Fiskus auch wegen seiner Kontraktsforderungen privilegiert ist. Nach D. 49, 14, 28 besteht das Privileg nur bezüglich der vom Schuldner nach Abschluß des Vertrags erworbenen Gegenstände.

Nach Reichsrecht hat der Fiskus kein gesetzliches Pfandrecht mehr (vgl. nur KO. § 49[1]); er ist aber wegen seiner Abgabenforderungen in der Zwangsversteigerung (ZwVG. §§ 10[3], 156) und im Konkurse (KO. §§ 61[2] u. [3]) privilegiert; das Gleiche gilt für die übrigen öffentlichrechtlichen Verbände.

sache entstanden ist, so das (gesetzliche) pignus insulae (S. 833) und das (vertragsmäßige) Pfandrecht dessen, der zur Reparatur oder Ausrüstung eines bereits verpfändeten Schiffes ein Darlehen unter erneuter Verpfändung des Schiffes gegeben hat[3a]);

c. die Dotalhypothek der Ehefrau. Das Privileg kommt auch ihren Deszendenten, nicht aber ihren sonstigen Erben zu (I. 4, 6, 29, C. 8, 17, 12).[4])

β. Die privilegierten Pfandrechte gehen auch älteren Pfandrechten vor, und zwar auch, wenn diese öffentlich beurkundet sind. Unter mehreren privilegierten Pfandrechten der gleichen Art gehen aber die öffentlich beurkundeten den privaten, unter letzteren die früher entstandenen den späteren vor, nur bei den Versionspfandrechten geht regelmäßig das jüngere vor (D. 20, 4, 6, pr.: huius enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam).[5])

c. Rechtsstellung mehrerer Pfandgläubiger.

Die Frage nach der Rangordnung mehrerer Pfandgläubiger hat nicht nur dafür Bedeutung, in welcher Reihen-

---

[3a]) D. 20, 4, 5: Interdum posterior potior est priori, ut puta si in rem istam conservandam impensum est quod sequens credidit: veluti si navis fuit obligata et ad armandam eam vel ad reficiendam ego credidero.

[4]) Die Dotalprivilegien sind heute beseitigt; die Ehefrau hat auch im Konkurse des Ehemanns keinerlei Vorzugsrecht mehr.

[5]) Die Rangordnung der einzelnen Klassen der privilegierten Pfandrechte unter einander ist bestritten, ebenso, ob die letzteren auch solchen Pfandgläubigern vorgehen, die ihr Pfandrecht von einem früheren Eigentümer der Pfandsache herschreiben (sog. Pfandseparatisten).

Heute ist die Rangordnung der Pfandrechte wesentlich vereinfacht. Die Grundstückspfandrechte rangieren in der Reihenfolge ihrer Eintragung im Grundbuch (prior loco, potior iure, BGB. § 879), die Mobiliarpfandrechte, soweit bei ihnen trotz des Erfordernisses der Übergabe (S. 823[1]), eine Mehrheit von Pfandrechten überhaupt denkbar ist, grundsätzlich nach der früheren Entstehung (BGB. §§ 1209, 1261; ZPO. § 804 Abs. 3). Privilegierte Pfandrechte sind dem BGB. überhaupt unbekannt, finden sich aber zB. noch im HGB. §§ 433 (Versendungspfandrechte), 766 ff. (Schiffsgläubiger) und in der KO. § 49 Abs. 2 (öffentliche Verbände wegen der Zoll- und Steuerbeträge in Ansehung zurückgehaltener oder beschlagnahmter Sachen).

folge der Erlös der Pfandsache ihnen gebührt, sondern auch dafür, welche Kraft ihre Pfandrechte im Verhältnisse zu einander haben. In dieser Beziehung gilt der Grundsatz, daß der nachstehende Pfandgläubiger (posterior creditor) sein Recht nur unbeschadet der Rechte des vorstehenden (potior s. prior creditor) ausüben kann, während dessen Recht im allgemeinen durch die nachstehenden Pfandrechte nicht beeinträchtigt wird. Hieraus ergibt sich folgendes.

1. Der bessere Pfandgläubiger hat eine unbeschränkte actio hypothecaria auf Erlangung des Pfandbesitzes auch gegen den nachstehenden und ein unbeschränktes Verkaufsrecht. Durch seinen Verkauf erlöschen die nachstehenden Pfandrechte. Er ist nur verpflichtet, die etwa erzielte hyperocha dem Schuldner oder einem ihm etwa bekannten nachstehenden Pfandgläubiger auszuhändigen (S. 846).

2. Der nachstehende Pfandgläubiger rückt, wenn das vorgehende Pfandrecht wegfällt, in der Regel (vgl. S. 855) im Rang insoweit auf[6]). Ihm steht eine actio hypothecaria und grundsätzlich auch das Verkaufsrecht zu. Aber die erstere versagt gegenüber dem besseren Pfandgläubiger[7]) und sein Verkaufsrecht vermag jedenfalls die ihm vorgehenden Pfandrechte nicht zu tilgen[8]). Sein Recht ist also im Grunde

---

[6]) D. 20, 1, 15, 2 und 20, 4, 9, 3. Anders nach modernem Hypothekenrecht. Da hier nämlich die Hypothek immer erst mit der Löschung im Grundbuche fortfällt (S. 822[1]), rücken bei Bezahlung einer früheren Hypothek, sofern nicht auch die Löschung erfolgt, nicht die späteren Hypotheken auf, sondern die getilgte Hypothek steht dem Eigentümer zu (Eigentümerhypothek, BGB. §§ 875, 1143, 1163 ff.).

[7]) Vgl. D. 20, 4, 12, pr.: Creditor qui prior hypothecam accepit sive possideat eam et alius vindicet hypothecaria actione, exceptio priori utilis est „si non mihi ante pignori hypothecaeve nomine sit res obligata“: sive alio possidente prior creditor vindicet hypothecaria actione et ille excipiat „si non convenit, ut sibi res sit obligata“, hic in modum supra relatum replicabit. sed si cum alio possessore creditor secundus agat, recte aget et adiudicari ei poterit hypotheca, ut tamen prior cum eo agendo auferat ei rem. Ebenso BGB. § 1232 S. 1.

[8]) Nach Dernburg hat überhaupt nur der erste Pfandgläubiger das Verkaufsrecht; vgl. D. 20, 5, 1, C. 8, 17, 8. Für das heutige

von nur relativer Wirksamkeit. Um ihm nun aber die Möglichkeit der Ausübung seines Pfandrechts auch gegen den Willen des vorstehenden Pfandgläubigers zu sichern, steht ihm das ius offerendi ac succedendi zu (D. 20, 4, 12, 9), d. h. die Befugnis, den vorstehenden Pfandgläubiger durch Zahlung oder bei Annahmeverzug durch Hinterlegung (C. 8, 17, 1) abzufinden und sich dadurch in Höhe der Abfindungssumme dessen Pfandstellung zu verschaffen, was namentlich zur Verhinderung eines den Interessen des nachstehenden Gläubigers widerstreitenden Verkaufs wichtig ist. Ob ein gleiches Recht dem vorstehenden gegen den nachstehenden zusteht, ist streitig (so BGB. § 1249).

§ 144. Übergang und Untergang des Pfandrechts.

a. Übergang des Pfandrechts.

Das Pfandrecht als accessorisches Recht geht mit der Forderung ohne weiteres über (D. 18, 4, 6, C. 4, 10, 6 u. 7) und kann ohne sie nicht übertragen werden[1]). Es kommen indessen Fälle vor[2]), in denen eine versicherte For-

---

Mobiliarpfandrecht vgl. BGB. § 1232 S. 2 und CPO. §§ 826, 827 (Anschlußpfändung). Bei Grundstückspfandrechten ist jeder Berechtigte, der eine vollstreckbare Forderung hat, befugt, die Zwangsversteigerung des Grundstücks zu betreiben; die ihm vorgehenden Rechte werden hierdurch aber nicht berührt, sind vielmehr von dem Ersteher zu übernehmen (S. 847[16]). Zu diesem Zwecke wird ein „geringstes Gebot" festgestellt, ZwVG. § 44, sog. Übernahmesystem, im Gegensatz zu dem früher herrschenden Löschungssystem, bei dem auf den Versteigerungsantrag eines Hypothekars auch die vorgehenden Ansprüche fällig wurden und das Grundstück pfandfrei zur Versteigerung gestellt wurde.

[1]) Ebenso BGB. § 1250 für das Mobiliarpfandrecht. Dagegen kann nach § 1180 an die Stelle der Forderung, für welche eine Hypothek an einem Grundstücke besteht, eine andere Forderung gesetzt werden.

[2]) Ihre Konstruktion ist streitig. Eine ältere Meinung nahm an, es ginge durch fingierte oder gesetzliche Cession die ursprüngliche Forderung und damit das Pfandrecht auf den Successor über; dies erscheint unhaltbar. Nach Windscheid wird das Pfandrecht von seiner ursprünglichen Forderung, die untergeht, auf die begünstigte Forderung

derung aufgehoben wird, das für sie bestehende Pfandrecht (oder doch die Rangstellung dieses Pfandrechts) aber einer anderen Forderung zuteil wird, die an die Stelle der ursprünglichen Forderung tritt. Man bezeichnet diese Fälle als „hypothekarische Succession". Es handelt sich hierbei stets um die Wahrung der Priorität vor einem anderen Pfandrechte.

1. Wird eine durch ein vorgehendes Pfandrecht gesicherte Forderung noviert (S. 513), so mußte an sich mit dem Untergange der novierten Forderung auch ihr Pfandrecht erlöschen. Es kann jedoch vereinbart werden, daß das alte Pfandrecht mit seinem Range auf die neue Forderung übergeht (D. 13, 7, 11, 1), jedoch unbeschadet des Rechts der Zwischengläubiger (D. 20, 4, 3, pr.; 20, 4, 12, 5).

2. Leiht jemand dem Eigentümer einer mehrfach verpfändeten Sache Geld, um einen vorstehenden Pfandgläubiger abzufinden, so kann dessen Pfandrecht auf seine Darlehnsforderung übertragen werden (D. 20, 4, 12, 8).

3. Kauft jemand eine mehrfach verpfändete Sache mit der Abrede, daß aus dem Kaufpreis ein vorgehender Gläubiger befriedigt werde, so rückt der nachstehende Gläubiger nicht, wie in der Regel (S. 852), vor, sondern der Käufer tritt in die Rechtsstellung des befriedigten Gläubigers ein; er erhält zwar, als an seiner eigenen Sache, kein eigentliches Pfandrecht, aber der nachstehende Gläubiger kann sich seines Pfandrechts gegen ihn nur wie gegen den befriedigten Gläubiger bedienen, d. h. er muß ihm dessen Forderung (in Ausübung des ius offerendi, S. 853) bezahlen, ehe er die Sache zum Verkaufe bringen kann (D. 20, 4, 17).

4. Ein Übergang des Pfandrechts findet auch im Falle der Ausübung des ius offerendi et succedendi durch einen nachstehenden Gläubiger statt. In Höhe der Abfindungssumme wird der Abfindende Gläubiger des Pfand-

---

übertragen. Nach Dernburg dagegen geht mit der ursprünglichen Forderung, wie stets, auch hier das Pfandrecht unter; aber der begünstigte Gläubiger erhält für sein neues Pfandrecht kraft Gesetzes die Rangstellung des untergegangenen.

schuldners, sein Pfandrecht erstreckt sich auch auf diesen Betrag und er rückt in den Rang des abgefundenen Gläubigers ein (D. 20, 4, 12, 6).[3])

b. Untergang des Pfandrechts[4]).

1. Dem Pfandrecht eigentümliche Beendigungsgründe.

α. Das Pfandrecht endet als accessorisches Recht mit dem Untergange der versicherten Forderung[5]). Jedoch bleibt das Pfandrecht bestehen, wenn die Forderung als naturalis obligatio übrig bleibt (D. 20, 1, 14, 1; vgl. S. 368[12]). Dies kommt zB. vor, wenn die persönliche Forderung verjährt ist, während der Pfandanspruch (nämlich in den Fällen, in denen er erst durch vierzigjährige Verjährung untergeht, S. 841) noch nicht verjährt ist[6]).

---

[3]) Mit diesen Fällen, in denen das mit einer untergehenden Forderung bisher verbundene Pfandrecht sich mit einer anderen, neu entstehenden, verbindet, nicht zu verwechseln ist die sog. Prioritätscession, bei welcher mehrere Pfandgläubiger unter Aufrechterhaltung ihrer Forderungen durch Vereinbarung unter einander ihr Rangverhältnis ändern. ZB.: Primus hat 1000, Sekundus 500, Tertius 2000 von A zu fordern und alle haben in der angegebenen Reihenfolge Hypotheken an einem Grundstück; Primus räumt dem Tertius die Priorität ein. Dann wirkt dies nach rR. nur unter den Beteiligten. Werden also beim Verkauf des Grundstücks 2000 erzielt, so erhält Tertius (an Stelle des Primus) 1000, dann Sekundus seine 500, den Rest Tertius. Verzichtet ferner der zurücktretende Primus auf seine Hypothek, so rückt Sekundus vor (anders BGB. § 880 Abs. 4.)

[4]) Vgl. D. 20, 6: Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur.

[5]) Daher siegte der Kläger bei der actio hypothecaria nur (vgl. die Formel, S. 828[5]), wenn festgestellt wurde „eam pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactam esse".

[6]) Namentlich in Hinblick auf diese Rechtserscheinung ist in neuerer Zeit vielfach (besonders von Windscheid) die Ansicht vertreten worden, daß das einmal begründete Pfandrecht auch bereits nach rR. noch nach Untergang der Forderung fortbestehen konnte, die streng accessorische Natur des Pfandrechts also bereits von den Römern nicht festgehalten worden sei. Die von den Römern in solchen Fällen angenommene naturalis obligatio sei nur im Interesse theoretischer Vermittelung konstruiert (vgl. namentlich die viel besprochene l. 61 pr.

Über das nach Tilgung der gesicherten Forderung wegen anderer Forderungen des Pfandgläubigers bestehen bleibende Zurückbehaltungsrecht (pignus Gordianum) vgl. oben S. 471[5].

β. Der rechtmäßige Pfandverkauf beendet das Pfandrecht des betreibenden Gläubigers und alle nachstehenden Pfandrechte (S. 852).

2. Allgemeine Endigungsgründe.

α. Der Pfandgläubiger kann auf sein Pfandrecht verzichten (remissio pignoris, C. 8, 25; nicht zu verwechseln mit dem Verzicht auf die persönliche Forderung).[7])

β. Das Pfandrecht endet durch Untergang der verpfändeten Sache, sei es, daß die Sache physisch zu sein aufhört (D. 20, 6, 8, pr.) oder daß sie aufhört, selbständige Sache zu sein, zB. durch Einbauen und Einfügen, sei es,

---

D. 36, 1, in der Paulus in einem solchen Falle sagt: „remanet ergo propter pignus naturalis obligatio").

Nach BGB. ist die accessorische Natur der Grundstückspfandrechte sehr eingeschränkt (S. 822[1]). Für das Mobiliarpfandrecht vgl. dagegen § 1252.

[7]) Als Verzicht gilt die vorbehaltlose Zustimmung zur weiteren Verpfändung (D. 20, 6, 12) oder zur Veräußerung der Pfandsache (D. 20, 6, 4, 1), ferner die vorbehaltlose Rückgabe des Faustpfands (D. 13, 7, 3, C. 8, 25, 9, 1) oder der Verpfändungsurkunde (C. 8, 25, 7). Nach BGB. § 1253 ist bei Rückgabe des Pfandes auch ein ausdrücklicher Vorbehalt nicht geeignet, das Pfandrecht zu erhalten, da dies dem Publizitätsprinzipe widersprechen würde.

Als Verzicht gilt ferner die Nichtmeldung ortsanwesender Pfandgläubiger auf eine öffentliche Aufforderung beim Verkauf des Pfandgrundstückes; C. 8, 25, 6: Si eo tempore, quo praedium distrahebatur, programmate admoniti creditores, cum praesentes essent, ius suum exsecuti non sunt, possunt videri obligationem pignoris amisisse. Bei den öffentlichen Verkäufen des Fiskus bedarf es nicht einmal eines solchen Aufrufs (C. 8, 25, 8). Dieser Ausschluß gewährte bei der Unmöglichkeit, den Hypothekenstand eines Grundstücks zu übersehen (S. 821[1]), dem Käufer eine gewisse Sicherung. Ähnlich wirkte die Verschweigung im deutschen Recht (D. § 70 d). Durch dolose Verschweigung von Pfandrechten an der Sache bei einer Verpfändung oder Veräußerung wird die Strafe des Stellionats (S. 183) verwirkt (D. 47, 20, 3, 1).

daß sie dem Privatverkehr entzogen wird. Es erhält sich am Boden, wenn das verpfändete Haus abbrennt, und geht auf das an Stelle des abgebrannten Hauses neu errichtete über (D. 20, 1, 29, 2; 20, 1, 35); durch Spezifikation geht es mangels anderweitiger Verabredung unter (D. 13, 7, 18, 3). Das Pfandrecht endet auch durch Endigung des verpfändeten Rechts an einer fremden Sache (D. 20, 6, 8, pr.). Surrogate der Sache treten bei der Verpfändung einzelner Sachen (vgl. dagegen S. 837) in die Pfandhaftung nur ein, wenn es besonders bestimmt ist, zB. die hyperocha (vgl. D. 13, 7, 18, 2).

γ. Das pignus als ius in re aliena endet, wenn Eigentum und Pfandrecht in derselben Person zusammentreffen (confusio s. consolidatio, D. 50, 17, 45, pr., BGB. § 1256 Abs. 1 S. 1). Aus Billigkeitsgründen haben die Römer indessen diesen Grundsatz durchbrochen, wenn eine Sache mehrfach verpfändet ist und Eigentum und Pfandrecht in der Person eines vorstehenden Gläubigers sich vereinigen (zB. der vorstehende Pfandgläubiger wird, ohne sein Pfandrecht zu kennen, Eigentümer, D. 44, 2, 30, 1, sog. lex Latinus Largus), vorausgesetzt, daß nicht ein Verzicht auf das Pfandrecht anzunehmen ist. Man spricht hier von einem pignus in re sua. Als Wirkungen desselben sind eine exceptio gegenüber der actio hypothecaria nachstehender Pfandgläubiger (D. 20, 4, 17, C. 8, 18, 3) und andererseits die Zulassung des ius offerendi zu deren Gunsten anerkannt[3]).

δ. Streitig ist (S. 755[22]), ob das Pfandrecht durch die Ersitzung des Eigentums der verpfändeten Sache untergeht (D. 20, 1, 1, 2; vgl. BGB. § 945). Jedenfalls kann es durch eine besondere, 10 oder 20 Jahre (inter absentes, S. 752) erfordernde usucapio libertatis (titulierte Innehabung der Sache in Unkenntnis des Pfandrechts) fortfallen (C. 7, 36, 1 u. 2). Über die Verjährung der Pfandklage vgl. S. 841.

[3]) Ob hieraus zu folgern ist, daß die Römer schon ein Pfandrecht an der eigenen Sache anerkannt haben, ist streitig. Dagegen erkennt das BGB. eine Eigentümerhypothek- und Eigentümergrundschuld an (S. 852[4]).

Für das Mobiliarpfandrecht gilt ähnliches wie im rR. (§ 1256).

Viertes Buch. Familienrecht.

Erster Abschnitt. Bürgerliche Ehe
(BGB. §§ 1297–1588).

§ 145. Eingehung der Ehe.

a. Begriff der Ehe.

1. Das Familienrecht umfaßt die Vorschriften, welche die durch die Familienverbindung (S. 218) hervorgerufenen Rechtsbeziehungen persönlicher und vermögensrechtlicher Natur ordnen. Dazu gehören die Beziehungen der Ehegatten zu einander, die der sonstigen Verwandten, insbesondere der Ascendenten und Descendenten, zu einander, endlich die Vormundschaft[1]).

2. Ehe ist die vom Recht anerkannte Vereinigung eines Mannes und einer Frau zu dauernder Lebensgemeinschaft[2]). Ihr geht meist ein Verlöbnis vorher, d. h. eine

[1]) Demgemäß zerfällt das vierte Buch des BGB. (Familienrecht) in die drei Abschnitte: Bürgerliche Ehe, Verwandtschaft, Vormundschaft. Der Ausdruck „Bürgerliche" Ehe soll kennzeichnen, daß das BGB. die Ehe nur nach der civilrechtlichen Seite hin ordnet, die kirchlichen Verpflichtungen in Ansehung der Ehe dagegen unberührt läßt (§ 1588).

In den Digesten ist das Familienrecht in den Büchern 23–27, im Codex in Buch 5 behandelt.

[2]) Vgl. D. 23, 2, 1: Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris

Vereinbarung zwischen Mann und Frau, mit einander die Ehe eingehen zu wollen.

b. Verlöbnis (sponsalia).[3])

1. Ursprünglich mußte das Verlöbnis durch wechselseitige Sponsionen (S. 159) zwischen dem Bräutigam und dem Vater der Braut geschlossen werden (daher die Ausdrücke sponsalia, sponsus, sponsa, D. 23, 1, 1 ff.); später wird das Verlöbnis formlos gültig (D. 23, 1, 4; ebenso BGB.). Zustimmen müssen alle, die einer Eheschließung zustimmen müßten (S. 863, D. 23, 1, 11 ff.). Es gelten auch die gleichen Ehehindernisse (S. 862); nur können auch impuberes (nicht aber infantes, D. 23, 1, 14) sich verloben.

2. Das Verlöbnis (als bloße spes matrimonii) begründet keine Klage auf Eingehung der Ehe, es ist vielmehr

---

communicatio; I. 1, 9, 1: viri et mulieris coniunctio, individuam consuetudinem vitae continens.

Neben der in ehelicher Absicht (affectio maritalis) begründeten Geschlechtsverbindung erkannte das rR. seit der lex Iulia et Papia Poppaea (S. 103[4]) eine ohne die Absicht, sich mit einer gleichstehenden „uxor" zu verbinden, eingegangene dauernde Geschlechtsgemeinschaft, den concubinatus an (D. 25, 7, C. 5, 26: De concubinis). Während nämlich der außereheliche Geschlechtsverkehr mit einer honesta femina grundsätzlich als stuprum bestraft wurde (D. 48, 5, 35, pr., S. 180), wurde er mit solchen Personen, mit denen wegen Standesverschiedenheit oder Anrüchigkeit eine Ehe verboten war (S. 864), insbesondere mit Freigelassenen, als straflos behandelt (extra legis — sc. Iuliae de adulteriis — poenam est, D. 25, 7, 3, 1). Später blieb der Konkubinat auch mit einer honesta femina straflos, wenn der Mann ihr vor Zeugen erklärte (testatio), daß er sie nur zur Konkubine nehme. Für in vollgültiger Ehe lebende Männer, ferner unter Verwandten und mit noch nicht 12 Jahr alten Mädchen ist der Konkubinat verboten, ebenso mehrfacher Konkubinat. Die Konkubinenkinder (liberi naturales) sind uneheliche Kinder, werden aber seit Konstantin in einzelnen Beziehungen (Legitimation, Unterhaltspflicht, Intestaterbrecht, unten § 153) vor den sonstigen unehelichen Kindern (spurii, vulgo quaesiti) bevorzugt. Die Konkubine des Vaters darf von dessen Sohn nicht geheiratet werden (C. 5, 4, 4). Unter Leo Philosophus wird der Konkubinat verboten, ebenso in Deutschland (D. § 92 b 2); über die morganatische Ehe („zur linken Hand") vgl. D. § 18[2].

[3]) D. 23, 1, C. 5, 1: De sponsalibus.

durch einfache Aufkündigung (renuntiatio, D. 24, 2, 2: condicione tua non utor) löslich (vgl. dagegen D. § 85 b 1). Auch eine mittelbare Erzwingung durch Versprechen einer Vertragsstrafe oder Pfandbestellung ist als contra bonos mores gerichtet[4]) unzulässig. Es ist nicht einmal ein Schadensersatzanspruch wegen grundloser Auflösung des Verlöbnisses gegeben. Eine etwa gegebene Draufgabe (arra sponsalicia) verfällt jedoch zu Gunsten des schuldlosen Empfängers, während der schuldige Empfänger sie doppelt zurückerstatten muß (C. 5, 1, 5).

3. Die Brautgeschenke (sponsalicia largitas) gelten im Zweifel als unter der Voraussetzung der späteren Eheschließung hingegeben, können also mit condictio causa data causa non secuta (S. 652) zurückgefordert werden, wenn die Ehe nicht zu stande kommt, es sei denn, daß der Geber selbst das Nichtzustandekommen der Ehe verschuldet hat (C. 5, 3, 15). Ferner verbleibt bei Geschenken an die Braut dieser oder ihren Erben die Hälfte, wenn das Verlöbnis durch den Tod eines der Verlobten aufgelöst ist, aber nur „osculo interveniente", d. h. wenn die Verlobten schon in engere persönliche Beziehungen getreten sind (C. 5, 3, 16).[5])

---

[4]) D. 45, 1, 134, pr.: quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta. Dagegen konnte früher aus den Sponsionen mit einer actio ex sponsu geklagt werden.

[5]) Andere Rechtsfolgen des Verlöbnisses sind: Die Tötung des Verlobten gilt als ein parridicium (D. 48, 9, 3 u. 4). bina sponsalia machen infam wie Doppelehe (D. 3, 2, 1), der lex Iulia de fundo dotali (S. 880) untersteht auch schon der Bräutigam (D. 23, 5, 4), Geschlechtsverkehr der Braut mit einem Fremden gilt als adulterium (D. 48, 5, 14, 3).

Auch nach BGB. kann aus einem Verlöbnisse nicht auf Eingehung der Ehe oder auf eine auf das Unterlassen der Heirat gesetzte Vertragsstrafe geklagt werden (§ 1297), dagegen begründet grundloser Rücktritt eine Schadensersatzpflicht (§§ 1298 ff.), insbesondere im Falle der Verführung der Braut (§ 1300). Die Brautgeschenke sind bei Auflösung des Verlöbnisses, wenn sie nicht durch den Tod erfolgt, zurückzugeben (§ 1301).

c. Eheschließung[6]).

1. Allgemeines.

α. Die Römer unterscheiden bis in die spätere Kaiserzeit: die nach ius civile geschlossene Ehe (matrimonium iustum s. legitimum), die nur zwischen Personen möglich ist, welche des connubium (S. 215) teilhaftig sind; und die auf ius gentium beruhende, auch Nichtbürgern zugängliche natürliche Ehe (matr. iuris gentium). Bei der ersteren erhält der Ehemann die patria potestas (§ 152a) über die darin erzeugten Kinder und diese folgen dem status des Vaters zur Zeit der Erzeugung (S. 206). Bei der natürlichen Ehe folgen die Kinder dagegen — abgesehen vom favor libertatis (S. 202) — dem status der Mutter zur Zeit der Geburt; nur sollen nach einer lex Minicia Kinder aus der Ehe zwischen Römern und Peregrinen stets deterioris parentis condicionem sequi (der „ärgeren Hand" folgen, D. § 11 f), also Peregrinen sein.

Die civilrechtliche Ehe kann wieder in zwei Arten geschlossen werden: entweder als Ehe mit manus, wobei die — hier als mater familias s. matrona bezeichnete — Frau aus ihrer angestammten Familie ausscheidet und völlig in die Familie ihres Mannes eintritt, also eine capitis diminutio minima (S. 222) erleidet, und die freie Ehe ohne conventio in manum mariti („uxor tantummodo"). Beide Arten waren nach Voraussetzungen und Wirkungen von einander verschieden (S. 866, 869).

Im justin. R. gehören alle diese Unterscheidungen der Vergangenheit an, da alle freien Einwohner römische Bürger sind (S. 213) und die Manusehe nicht mehr vorkommt (S. 213); es gibt nur eine Art von iustae nuptiae.

β. Zur Eingehung einer gültigen Ehe bedarf es des Vorliegens bestimmter Voraussetzungen. Einmal müssen bei den Verlobten gewisse Eigenschaften und Umstände vorhanden sein, deren Mangel man heute als Ehehindernisse

[6]) D. 23, 2: De ritu nuptiarum; I. 1, 10, C. 5, 4: De nuptiis.

(impedimenta matrimonii)[7]) bezeichnet (unten 2); und ferner fragt es sich, in welcher Form die Ehe zu schließen ist (unten 3).

2. Ehehindernisse.

α. Ehefähigkeit.

a. Eine Ehe schließen können nur Freie. Die mit affectio maritalis eingegangenen Geschlechtsverbindungen unter oder mit Sklaven begründen keine nuptiae, sondern ein bloßes contubernium. Die daraus entstehenden Verwandschaften (serviles cognationes) gelten jedoch nach der Freilassung als Ehehindernis (D. 23, 2, 14, 2).

b. Eheunfähig aus in ihrer Person liegenden Gründen sind: impuberes, Wahnsinnige und Kastraten, nicht aber von Natur Zeugungsunfähige (spadones, D. 23, 3, 39, 1).[8])

---

[7]) Vgl. G. 1, 58 ff. Non tamen omnes nobis uxores ducere licet; nam a quarundam nuptiis abstinere debemus. Man unterscheidet heute: absolute Ehehindernisse, die jede Ehe einer Person, und relative, die ihre Ehe nur mit bestimmten anderen Personen hindern; ferner impedimenta matrimonii impendientia (tantum), aufschiebende Ehehindernisse, bei deren Vorliegen die Ehe unterbleiben soll, ohne daß jedoch die einmal geschlossene Ehe ungültig ist (z.B. BGB. §§ 1303, 1305, 1311, 1313, 1316), und dirimentia, auflösende Ehehindernisse, deren Vorhandensein die Ungültigkeit der Ehe herbeiführt. Unter den imp. matr. dirimentia sind wieder zu unterscheiden: die imp. dirim. publica, welche Nichtigkeit der Ehe herbeiführen (BGB. §§ 1324—1328) und außer von den beteiligten Ehegatten vom Staatsanwalt als Vertreter des öffentlichen Interesses (defensor matrimonii, CPO. §§ 631 ff.) geltend gemacht werden können; und die imp. dirim. privata, welche nur bestimmten Berechtigten die Möglichkeit einer Anfechtung der Ehe gewähren (BGB. §§ 1331—1335, 1350).

[8]) Nach BGB. § 1303 beginnt die Ehemündigkeit der Männer mit der Volljährigkeit (Befreiung unzulässig, doch steht der für volljährig Erklärte, S. 281, dem Volljährigen auch hierbei gleich), der Frauen mit dem vollendeten 16. Jahr (Befreiung zulässig).

Geschäftsunfähige sind eheunfähig, beschränkt Geschäftsfähige (S. 280[9]) bedürfen der Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters (§ 1304).

β. Mangelnder Konsens.

Außer der Zustimmung der „Nupturienten" selbst bedarf es für Hauskinder stets der Zustimmung ihrer Gewalthaber (I. 1, 10, pr., D. 23, 3, 2); sie muß bei Söhnen ausdrücklich sein, bei Töchtern genügt es, wenn der Gewalthaber nicht widerspricht. Minderjährige Töchter bedürfen ferner der Zustimmung des Vaters, auch wenn sie nicht in seiner Gewalt stehen. Endlich kann für eine Haustochter von ihrem Gewalthaber auch gegen ihren Willen eine Ehe geschlossen werden, nur nicht mit einer turpis persona (S. 228).

Verweigert der Gewalthaber grundlos seine Einwilligung, so kann er „ex constitutione Severi et Antonini" vom Magistrat genötigt werden, die Tochter „in matrimonium collocare et dotare" (D. 23, 2, 19).

Die ohne die erforderliche Einwilligung geschlossene Ehe ist nichtig[9]).

γ. Bestehende Ehe.

Das rR. beruht (gleich dem BGB. §§ 1309, 1326) auf der Monogamie (G. 1, 63: neque eadem duobus nupta esse potest, neque idem duas uxores habere). Auch eine Konkubine darf der Mann neben einer Ehefrau nicht haben (S. 859[2]). Der Ehebruch wird aber nur bei der Frau, nicht beim Manne bestraft (anders StGB. § 172).

δ. Verwandtschaft und Schwägerschaft.

a. In der gerade n Linie bilden Verwandtschaft, Schwägerschaft und Adoptivverwandschaft jeden Grades — und zwar auch nach Aufhebung der die Affinität begründenden Ehe und des Adoptivverhältnisses — ein Ehehindernis (I. 1, 10, 1).

---

[9]) Nach § 1305 ff. bedürfen noch nicht 21 Jahr alte, wenn auch für volljährig erklärte Kinder der Einwilligung des Vaters oder, mangels eines solchen, der Mutter, es sei denn, daß die Eltern zur Abgabe einer Erklärung dauernd außer stande sind. Die konsenslos geschlossene Ehe bleibt aber gültig.

b. In der Seitenlinie war die Ehe anfänglich zwischen Verwandten bis zum 6. Grade, also unter Geschwisterenkeln (sobrini, S. 221) verboten. Unter Klaudius wurde — zur Ermöglichung seiner Ehe mit Agrippina, der Tochter seines Bruders Germanikus — durch einen Senatsbeschluß die Ehe mit der Brudertochter erlaubt. Nach justin. R. ist die Ehe verboten unter Geschwistern und — wegen des respectus parentelae — mit Geschwisterkindern (I. 1, 10, 3 u. 4), ferner mit der Witwe des verstorbenen Bruders und der Schwester der verstorbenen Frau (C. 5, 5, 5). Im übrigen bildet in der Seitenlinie die Schwägerschaft überhaupt kein Ehehindernis, die Adoptivverwandtschaft nur solange, als die Agnation besteht (D. 23, 2, 55).[10])

ε. Standesunterschied.

Durch die lex Canuleia (445 v. Chr., S. 54) waren die Ehehindernisse zwischen Patriziern und Plebejern beseitigt. Nach der lex Iulia et Papia Poppaea (S. 103[5]) sollten die Ehen von Freigeborenen mit gewissen mulieres infames — zB. mit einer lena (Hurenwirtin), einer in adulterio deprehensa oder iudicio publico damnata, mit einer Person, quae artem ludricam fecerit — und von Personen des Senatorenstandes mit Freigelassenen, Schauspielern oder deren Kindern zwar gültig sein; aber die Strafen der Ehe-

---

[10]) Justinian verbot ferner wegen einer „cognatio spiritualis" die Ehe zwischen Paten und Täufling (C. 5, 4, 26, 2). Alle verbotenen Ehen sind als incestae et nefariae nichtig, die ihnen entstammenden Kinder unehelich (G. 1, 64).

Nach BGB. ist die Ehe:

a. zwischen Verwandten und Verschwägerten in gerader Linie, sowie zwischen voll- und halbbürtigen Geschwistern nichtig (§§ 1310 Abs. 1, 1327);

b. zwischen Personen, von denen die eine mit Eltern, Voreltern oder Abkömmlingen der anderen Geschlechtsgemeinschaft gepflogen hat (§ 1310 Abs. 2), ferner zwischen dem Annehmenden und dem an Kindesstatt Angenommenen oder dessen Abkömmlingen, solange das durch die Annahme begründete Rechtsverhältnis besteht (§ 1311), verboten, aber, falls trotzdem geschlossen, rechtsgültig (imped. impediens, S. 862[7]); vgl. jedoch § 1771.

losigkeit sollten durch solche Ehen nicht vermieden werden. Mark Aurel verbot die Ehen von Senatoren und deren Kindern mit Freigelassenen überhaupt (D. 23, 2, 16, pr.); Justinian — der selbst die Schauspielerin Theodora heiratete (S. 130) — beseitigte jedoch alle diese Beschränkungen (C. 5, 4, 23 u. 29), verbot dagegen die Ehe einer Freien mit einem fremden Kolonen (S. 212, Nov. 22, 17).

ζ. Amtsführung.

Tutoren und Kuratoren sowie ihre Abkömmlinge und Gewalthaber dürfen mit der Bevormundeten vor endgiltiger Abnahme der Schlußrechnung keine Ehe schließen (D. 23, 2, 59 ff.), Provinzialbeamte und deren Söhne in väterlicher Gewalt dürfen keine Mädchen ihrer Provinz heiraten (D. 23, 2, 38 u. 57).

η. Ehebruch und Entführung

hindern die Ehe unter den Beteiligten (D. 48, 5, 12, 11, u. 30, 1, C. 9, 13, 1, 2).

ϑ. Religionsverschiedenheit.

Zwischen Juden und Christen ist die Ehe verboten (C. 1, 9, 6).

ι. Wartezeit.

Eine Frau darf nicht vor Ablauf eines Jahres (von ehemals 10, später 12 Monaten, S. 349) seit dem Tode des Mannes (oder seit einer Ehescheidung) eine neue Ehe schließen, einmal weil darin eine Verletzung der Trauerpflicht liegt, ferner aber auch wegen der Gefahr einer turbatio sanguinis, weil es nämlich bei einem innerhalb des Jahres geborenen Kinde zweifelhaft sein kann, ob es von dem ersten oder dem zweiten Mann erzeugt sei. Die unter Verletzung des Trauerjahres geschlossene Ehe ist zwar giltig (D. 3, 2, 11, 1); die Frau wird aber infam und verliert das ihr vom ersten Mann Zugewendete (lucra nuptialia, unten § 150 c 2).[11])

[11]) Selbst wenn der Mann zu den Personen gehörte, welche more maiorum lugeri non oportet (D. 3, 2, 11, 1) — wie hostes, per-

Von den Eheverboten, soweit sie nicht auf Naturgesetz beruhen, kann der Senat, später der Kaiser befreien („dispensieren"); vgl. zB. D. 3, 2, 10, pr.; 23, 2, 31.[12])

3. Form der Eheschließung.

Das matrimonium legitimum (S. 861) kommt bis in die spätere Kaiserzeit in zwei nach Voraussetzungen und Wirkungen verschieden ausgestalteten Arten vor: als Manusehe und als freie Ehe ohne Manus. Bei der in bestimmter Form einzugehenden Manusehe tritt die Ehefrau (mater familias, matrona) aus ihrem angestammten Hause in das ihres Mannes über, erleidet also eine capitis diminutio minima (S. 222) und kommt unter die hausherrliche Gewalt ihres Mannes (conventio in manum mariti); bei der formlos geschlossenen freien Ehe verbleibt die Frau (hier uxor tantummodo genannt) in ihrer bisherigen Familie. Demgemäß sind auch die persönlichen und die vermögensrechtlichen Wirkungen der Manusehe und der freien Ehe von einander verschieden (unten § 146).

a. Für die Eingehung einer Manusehe gab es drei Wege: die confarreatio, die coemtio und den usus.

---

duellionis damnati, suspendiosi (Erhängte), oder qui manus sibi intulerunt non taedio vitae, sed mala conscientia (D. 3, 2, 11, 3) — darf die Frau aus Rücksicht auf die turbatio sanguinis innerhalb der Wartezeit nicht wieder heiraten.

Hat die Frau innerhalb der Wartezeit geboren, so darf sie sogleich wieder heiraten (D. 3, 2, 11, 2).

Die Infamie trifft außer der Frau auch deren Gewalthaber, ferner bei Kenntnis ihren Mann und dessen Gewalthaber (D. 3, 2, 11, 4).

Das in der Wartezeit liegende aufschiebende Ehehindernis gilt nicht für Männer: uxores viri lugere non compelluntur (D. 3, 2, 9, pr.).

[12]) Von den unter a—c aufgeführten Ehehinderniſſen ist in das BGB. nur das Verbot der Ehe zwischen Ehebrechern (§ 1312) und der vorzeitigen Verheiratung einer Frau (vor Ablauf von 10 Monaten seit Lösung der früheren Ehe, § 1313) übergegangen. Das letztere Ehehindernis wirkt aber nur aufschiebend, das erstere ist dagegen ein trennendes öffentliches (§ 1328). Von beiden Ehehinderniſſen kann jedoch dispensiert werden (§ 1322).

a. Die confarreatio war eine religiöse Eheschließungsform für Patrizier, benannt nach dem hierbei dem Jupiter darzubringenden panis farreus (Weizenkuchen). Hierbei wurde die Ehe vor dem flamen Dialis, dem pontifex maximus und zehn — die zehn Kurien einer Tribus vorstellenden — Zeugen nach dexterarum iunctio durch verba sollemnia geschlossen, zu denen die Worte gehört zu haben scheinen, durch welche die Braut ihren Eintritt in die Familie und die gens des Mannes kennzeichnete: „Ubi tu es Gaius, ibi ego sum Gaia". Die drei flamines maiores (S. 49) und der rex sacrorum (S. 51) mußten in konfarreierter Ehe leben und einer solchen entstammen; letzteres gilt auch für die virgines Vestales (G. 1, 112). Die in konfarreierter Ehe erzeugten Kinder hießen patrimi und matrimi.

b. Die coemtio war eine rechtsgeschäftliche Eheschließungsform (G. 1, 113ff.) unter Benutzung der mancipatio. Ursprünglich kaufte der Bräutigam die Braut von ihrem Gewalthaber, später fand ein wechselseitiger Scheinkauf uno asse (S. 157) unter den Verlobten statt (ähnlich ist die Entwickelung des Brautkaufs im deutschen Recht, D. § 85a).

c. Eine formlos eingegangene Ehe wird zur Manusehe durch usus, d. h. durch einjähriges ununterbrochenes Bestehen der Ehegemeinschaft[13]). Sollte der Eintritt der Manusehe und damit der Übergang der Frau aus ihrer Familie in die des Mannes verhindert werden, so war nach den 12 Tafeln erforderlich, daß die Frau „quotannis trinoctio (drei Nächte hintereinander) abesset atque eo modo usum cuiusque anni interrumperet" (G. 1, 111).

Die Ususehe wird schon von Gajus als veraltet bezeichnet. Die Konfarreationsehe verlor schon durch einen Senatsschluß von 11 v. Chr. alle rechtliche Bedeutung

---

[13]) Die Ususehe führt vermutlich auf die älteste Form der Gewinnung einer Frau, die Raubehe zurück, die erst durch längeres Bestehen rechtswirksam wird (vgl. die Sage vom Raub der Sabinerinnen und D. § 85 a 1).

(G. 1, 136), erhielt sich aber noch bis zur 4. Periode als Priesterehe. Die Eheschließung durch coemtio wird von Gajus als noch praktisch erwähnt, erfolgte aber hauptsächlich dicis causa (S. 285), d. h. zum Schein zwecks Beseitigung der rechtlichen Beschränkungen, welchen die unverheiratete Frau unterlag[14]). Zu Ulpians Zeit war die Manusehe verschwunden; mater familias bedeutet nun nicht mehr die Frau in einer Manusehe, sondern die mulier sui iuris (D. 1, 6, 4).

β. Die freie Ehe, sine conventione in manum mariti, die für das spätere rR. noch allein in Frage kommt, wird formlos durch bloßen mutuus consensus der Verlobten und ihrer Gewalthaber (S. 863) geschlossen (consensus facit nuptias, D. 50, 17, 30; vgl. D. 35, 1, 15: nuptias non concubitus, sed consensus facit und D. 23, 2, 5—7), wenngleich auch hierbei und bei der deductio in domum mariti Feierlichkeiten üblich waren (D. 24, 1, 66, 1).[15])

---

[14]) Die Scheinkoemtion geschah entweder mit dem eigenen Ehemann oder mit einem Fremden, regelmäßig mit einem kinderlosen Greise und zwar:

a. tutelae evitandae causa (S. 285); oder

b. sacrorum interimendorum causa, wenn sich die Frau von den ihr obliegenden sacra einer ihr angefallenen Erbschaft befreien wollte; oder

c. testamenti faciendi gratia. Damit nämlich das Vermögen einer Frau ihrer angestammten Familie nicht entfremdet würde, konnte sie, solange sie dieser angehörte, nicht testieren. Unter Hadrian wurde dieser Grundsatz beseitigt (G. 1, 115 a).

In allen diesen Fällen wurde die Erreichung des eigentlichen Zwecks der Eheschließung durch ein pactum fiduciae (S. 158[4]) verbürgt.

[15]) Auch in Deutschland galt nach der Rezeption zunächst die Formlosigkeit der Eheschließung. Erst auf dem Tridentiner Konzil (1545—1563, Decretum „Tametsi") wurde die Eheschließung coram parocho proprio et duobus vel tribus testibus vorgeschrieben (vgl. D. § 85 b).

Das Reichsrecht beruht seit dem Reichspersonenstandsgesetze vom 6. Februar 1875 und nach BGB. §§ 1316 ff. auf der obligatorischen Civilehe. Eine bürgerlich gültige Ehe kann nur vor einem Standesbeamten durch persönliche und gleichzeitige Er-

§ 146. Die Wirkungen der Eheschließung.

a. Manusehe.

1. Mit Eingehung einer Manusehe tritt die Frau aus ihrem Vaterhause in das Haus ihres Mannes hinüber. Die agnatischen Beziehungen zu ihren Verwandten hören auf, und sie wird Agnatin ihres Mannes und seiner Verwandten. Sie wird filia familias ihres Mannes und, wenn dieser selbst noch filius familias ist, neptis seines Vaters (G. 2, 159). Sie gilt demnach als agnatische Schwester (sororis loco) ihrer eigenen Kinder. Der Gewalthaber hat daher ihr gegenüber das gleiche Verkaufsrecht (ius mancipandi, zB. zwecks noxae deditio, S. 668[24]), wie den filii und filiae familias gegenüber, wenn dies auch in späterer Zeit nicht mehr praktisch war.

2. Dieser persönlichen entspricht ihre vermögensrechtliche Stellung. Die in manu befindliche Ehefrau ist gleich einem Hauskinde (unter § 152 b 2) aktiv vermögensunfähig. Was sie erwirbt, erwirbt sie unmittelbar dem Mann oder seinem Gewalthaber. Ihre Verpflichtungsgeschäfte dagegen können den Gewalthaber nur nach Maßgabe der actiones adiecticiae qualitatis (S. 338) verbinden. Infolge der durch die Eingehung der Ehe herbeigeführten Vermögensunfähigkeit und capitis diminutio minima geht ihr Aktivvermögen als Ganzes[1]) auf den neuen Gewalthaber über (adquisitio per universitatem, S. 267), während ihre Schulden erlöschen. Doch werden die untergegangenen Ansprüche nach erfolgter in integrum restitutio (S. 423) gegen den Mann gewährt[2]), der jedoch nur mit

klärung der Verlobten geschlossen werden. Der Eheschließung „soll" ein Aufgebot voraufgehen; der Standesbeamte „soll" bei der Eheschließung zwei Zeugen zuziehen und die Eheschließung in das Heiratsregister eintragen.

[1]) Vgl. nur G. 3, 83: Exceptis his quae per capitis deminutionem pereunt quales sunt ususfructus, operarum obligatio libertinorum quae per iusiurandum contracta est, et lites contestatae legitimo iudicio; vgl. S. 222.

[2]) Als actio utilis (ficticia, S. 384); G. 4, 38: rescissa capitis deminutione, id est in qua fingitur capite deminuta non esse.

den empfangenen Vermögensgegenständen haftet; diese unterliegen also nach wie vor dem Zugriffe der vorehelichen Gläubiger der Frau. Für Schulden einer an die Frau gefallenen Erbschaft (hereditarium aes alienum) haftet der Mann ohne weiteres (G. 3, 84).

3. Auch für das Erbrecht hat die in manu befindliche Frau die Stellung einer Agnatin. Sie beerbt also den Gewalthaber wie eine Tochter oder Enkelin und ebenso besteht zwischen ihr und den Hauskindern Geschwistererbrecht (G. 3, 3 u. 14).

b. Freie Ehe.

Das für das justin. R. allein noch in Betracht kommende (S. 868) matrimonium sine conventione in manum hatte weitaus geringere Wirkungen als die Manusehe. Abgesehen von der Stellung der Kinder (S. 201) ist es hierbei unerheblich, ob die Ehe nach ius civile oder nach ius gentium zu beurteilen ist.

1. In der Ehe ohne Manus bleibt die Frau auch nach der Verheiratung in ihrer angestammten Familie. Daraus folgt:

α. Eine capitis diminutio minima tritt nicht ein, die Eheschließung als solche hat auf die Vermögensverhältnisse der Frau keinen Einfluß. Sie bleibt verpflichtungsfähig und hinsichtlich ihres Vermögens nach wie vor allein verfügungsberechtigt. Es ist allerdings von jeher üblich gewesen, daß die Frau oder ihr Gewalthaber zu dem an sich dem Manne zur Last fallenden Eheaufwande (S. 871) dadurch beiträgt, daß dem Mann eine dos bestellt wird. Es kommt ferner vor, daß sie ihm auch ihr sonstiges Vermögen (parapherna) zur Verwaltung überläßt. In beiden Fällen bedarf es jedoch rechtsgeschäftlicher Akte. Über das hierauf beruhende Ehegüterrecht des rR. ist unten in §§ 147 ff. zu sprechen.

β. Die Frau behält ihr agnatisches Erbrecht in ihrer angestammten Familie, erhält aber andererseits nach ius civile auch kein Erbrecht gegenüber ihrem Mann und seinen Verwandten, ja nicht einmal gegenüber ihren eigenen Kindern.

Umgekehrt haben auch Mann und Kinder nach ius civile kein gesetzliches Erbrecht gegenüber der Ehefrau und Mutter. Erst in der späteren Entwickelung wird dieser unserem heutigen Empfinden (vgl. BGB. §§ 1924 ff., 1931 ff.) widersprechende Grundsatz gemildert:

a. Das prätorische Recht gewährte den Ehegatten ein wechselseitiges Erbrecht, aber nur beim Mangel aller sonstigen Intestaterben (bonorum possessio ex edicto unde vir et uxor, unten § 159 a 2 γ b). Justinian gab ferner der mulier inops et indotata ein beschränktes Pflichtteilsrecht; unten § 159 a 4 β a.

b. Ein SC. Tertullianum (zur Zeit Hadrians) gewährte der Mutter gegenüber ihren Kindern und ein SC. Orfitianum (178 n. Chr.) den Kindern gegenüber der Mutter ein gesetzliches Erbrecht (unten § 159 a 3).

γ. Da die Frau trotz ihrer Verheiratung unter der Gewalt des bisherigen Gewalthabers verbleibt, kann dieser anfänglich auch dem Manne gegenüber die Rückkehr der Frau mit dem interdictum de liberis exhibendis vel ducendis (S. 645[1]) erzwingen; erst im nachklassischen Recht erhält das dem Ehemann bis dahin nur gegen dritte zustehende interdictum de uxore exhibenda Wirksamkeit auch gegen den bisherigen Gewalthaber (D. 43, 30, 2, C. 5, 4, 11).

2. Die Frau teilt Rang (C. 12, 1, 13), Wohnsitz (D. 50, 1, 38, 3) und Gerichtsstand des Mannes (D. 5, 1, 65); vgl. BGB. §§ 10, 1355.

3. Der Ehemann trägt die onera matrimonii (D. 23, 3, 7, pr., ebenso BGB. § 1389); er hat die Frau insbesondere standesgemäß zu unterhalten (D. 24, 1, 21, pr. u. 31, 8; 24, 3, 22, 8, BGB. § 1360) und zu schützen (D. 47, 10, 2: defendi uxores a viris, non viros ab uxoribus aequum est), insbesondere auch in Prozessen zu vertreten (C. 5, 12, 19); die Beleidigung der Frau gilt als mittelbare Beleidigung des Mannes (D. 47, 10, 1, 9; ähnlich StGB. § 195).

4. Wegen der unter den Ehegatten bestehenden Lebensgemeinschaft (vgl. BGB. § 1353) sollen sie gegen einander kein Zeugnis abzulegen brauchen (D. 22, 5, 4, vgl. CPO.

§ 383[3], StPO. § 51[2]), ferner keine actiones poenales anstellen (D. 25, 2, 2: in honorem matrimonii turpis actio adversus uxorem negatur). Die condictio furtiva ist ihnen gegen einander versagt (ähnlich StGB. § 247 Abs. 2). Im Falle eines in Hinblick auf eine bevorstehende Ehescheidung begangenen Diebstahls steht den Ehegatten nur eine nicht infamierende actio rerum amotarum (D. 25, 2, C. 5, 21) zu, aber erst nach erfolgter Ehescheidung (D. 25, 2, 25).

Ehegatten haben ferner gegen einander das beneficium competentiae (S. 469). Über die Interzession der Ehefrau vgl. S. 286.

5. Schenkungen unter Ehegatten sind, wie S. 571 dargelegt, nichtig. In Verbindung hiermit steht eine — nach ihrem Urheber (S. 119) sogenannte — gesetzliche Vermutung, die praesumtio Muciana[5]), nach welcher die im Besitz eines Ehegatten befindlichen Vermögensstücke bis zum Beweise des Gegenteils als Eigentum des Mannes gelten (ähnlich BGB. § 1362; vgl. KO. § 45).

6. Die Frau schuldet dem Mann obsequium (Leitung des Hauswesens, D. 38, 1, 48, pr.) und reverentia[4]).

§ 147. Ehegüterrecht. Allgemeines.

Wie schon S. 870 bemerkt, wird bei der hier allein noch in Betracht zu ziehenden freien Ehe durch die Eheschließung allein in den Vermögensverhältnissen der Gatten nichts geändert: jeder Gatte bleibt Eigentümer der ihm zur

---

[5]) D. 24, 1, 51: Quintus Mucius ait, cum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenerit, et verius et honestius est quod non demonstratur unde habeat existimari a viro aut qui in potestate eius esset ad eam pervenisse. evitandi autem turpis quaestus gratia circa uxorem hoc videtur Quintus Mucius probasse.

[4]) Ähnlich BGB. §§ 1354, 1356. In § 1357 ist der Frau ferner das Recht zugesprochen, innerhalb des häuslichen Wirkungskreises die Geschäfte des Mannes für ihn zu besorgen und ihn zu vertreten (sog. Schlüsselgewalt, manus clavium).

Zeit der Eheschließung gehörenden Vermögensstücke und hat darüber die freie Verfügung. Eine Veränderung in den Vermögensbeziehungen der Gatten tritt vielmehr nur kraft Rechtsgeschäfts ein, nämlich wenn die Frau (oder ein Dritter für sie) dem Mann ein Heiratsgut gewährt (dos, unten § 148) oder die Verwaltung ihres sonstigen Vermögens (parapherna, unten § 149a) überträgt; oder wenn umgekehrt der Mann der Frau eine Gegengabe (donatio propter nuptias, unten § 149b) gewährt[1]).

---

[1]) Das auf diesen Grundsätzen beruhende Ehegüterrecht des rR. (System der Gütertrennung oder Dotalrecht) wurde bei der Rezeption des rR. in Deutschland mit aufgenommen und ist daher als das gemeinrechtliche anzusehen; in Wahrheit ist es nur in einem kleinen Teile Deutschlands zur praktischen Anwendung gelangt. In dem größten Teile blieb die deutschrechtliche Auffassung in Geltung, nach welcher die unter den Ehegatten bestehende Lebensgemeinschaft auch ihre Vermögensbeziehungen beeinflußt. Es bildeten sich zahlreiche partikuläre Güterrechte aus, die sich nach ihren Hauptgrundsätzen drei Systemen unterordnen lassen:

a. das System der Verwaltungsgemeinschaft, wobei die Ehefrau Eigentümerin ihres Vermögens bleibt, dessen Verwaltung und Nutznießung aber dem Manne zusteht;

b. das System der allgmeinen Gütergemeinschaft, wobei das Vermögen der Frau mit dem des Mannes zu einer einheitlichen Vermögensmasse vereinigt wird, deren Verwaltung dem Manne gebührt;

c. das System der teilweisen (partikulären) Gütergemeinschaft, wobei nur bezüglich eines Teils des Vermögens Gütergemeinschaft eintritt — nämlich entweder bezüglich der während der Ehe durch Arbeit erworbenen Vermögensstücke (Errungenschaftsgemeinschaft) oder der Mobilien (Mobiliargemeinschaft) —, während im übrigen Verwaltungsgemeinschaft gilt.

Das gesetzliche Güterrecht des BGB. ist (§ 1363) die Verwaltungsgemeinschaft; nur ausnahmsweise tritt kraft Gesetzes Gütertrennung ein (§§ 1426 ff.). Die Ehegatten können jedoch durch einen vor oder nach der Eheschließung — gerichtlich oder notariell, § 1434 — geschlossenen Ehevertrag (§ 1432) ihre Güterrechtsverhältnisse frei ordnen. Das BGB. hat für die drei am häufigsten vorkommenden Systeme (allgemeine Gütergemeinschaft, Errungenschaftsgemeinschaft, Fahrnisgemeinschaft) eingehende Vorschriften gegeben (§§ 1437 ff.), sodaß die Eheleute, wenn sie eines dieser Systeme im Ehevertrage zu Grunde legen, einer besonderen Regelung überhoben sind. Sie können aber auch ein anderes System wählen, sind dann aber genötigt, die zur

§ 148. Die Dos.

Dos (in älterer Zeit res uxoria genannt) ist das von der Frau (oder für sie) dem Manne ad matrimonii onera ferenda übergebene Vermögen.

a. Bestellung der Dos[1]).

1. Verpflichtet zur Bestellung einer Dos sind:

α. die Ehefrau gegenüber dem Ehemann, jedoch nur naturaliter (D. 12, 6, 32, 2, S. 474);

β. der Vater seit der lex Iulia de maritandis ordinibus (lex Iulia et Papia Poppaea, S. 103, D. 23, 2, 19). Später wird die Dotationspflicht auch dem väterlichen Großvater auferlegt (D. 37, 6, 6). Im Falle einer zweiten Ehe sind Vater und Großvater auch zur Redotation verpflichtet (Nov. 97, 5). Auch gegenüber der emanzipierten Tochter besteht die Dotationspflicht (C. 5, 11, 7, 2);

γ. die Mutter (C. 5, 12, 14), aber nur „ex magna et probabili vel lege specialiter expressa causa". Justinian verpflichtete jedoch die ketzerische Mutter

---

Anwendung kommenden Bestimmungen im einzelnen im Ehevertrage zu ordnen.

Mangels eines Ehevertrags und eines die Gütertrennung kraft Gesetzes nach sich ziehenden Umstands (§§ 1364, 1418—1420, 1436) tritt, wie erwähnt, die Verwaltungsgemeinschaft als „gesetzliches Güterrecht" ein. Dabei wird das Vermögen der Frau mit der Eheschließung kraft Gesetzes der Verwaltung und Nutznießung des Ehemanns (ehemals sog. usus fructus maritalis) unterworfen (eingebrachtes Gut, § 1363) mit Ausnahme dessen, was durch das Gesetz (§§ 1366, 1367, 1369, 1370) oder durch Ehevertrag (§ 1368) zum Vorbehaltsgut erklärt ist. Über das Vorbehaltsgut hat die Frau, wie im rR. über ihr Paraphernalvermögen (S. 888), die freie Verfügung. Während aber nach rR. alles Frauengut Paraphernalvermögen ist, das nicht durch besonderen Rechtsakt zur Dos bestellt ist, gilt nach der nach BGB. grundsätzlich eintretenden Verwaltungsgemeinschaft umgekehrt alles als „eingebrachtes Gut", was nicht ausnahmsweise zum „Vorbehaltsgut" erklärt ist.

Das Nähere ist in D. §§ 87 ff. und L. IV §§ 9 ff. dargestellt.

[1]) D. 23, 3, C. 5, 12: De iure dotium.

in allen Fällen, ihre orthodoxe Tochter zu dotieren (C. 1, 5, 19, 3).[2])

Der Anspruch auf Bestellung der dos steht der Frau zu, die Bestellung selbst hat aber an den Mann zu erfolgen, und wenn er selbst noch in väterlicher Gewalt steht, an seinen Vater (D. 24, 3, 22, 12 u. 31, 3).

Die von einer dotationspflichtigen Person bestellte Dos heißt dos necessaria, im Gegensatze zu der freiwillig bestellten dos voluntaria; die vom Vater oder seinem Vorfahren bestellte Dos heißt dos profecticia, die von der Frau selbst, ihren Vorfahren oder dritten bestellte Dos dos adventicia (D. 23, 3, 5, 11). Hat sich der Besteller der dos durch Vertrag deren Rückgabe bei Auflösung der Ehe ausbedungen (S. 882), so spricht man von einer dos recepticia (D. 39, 6, 31, 2).

2. Die Bestellung einer Dos gilt nicht als Schenkung an den Mann (D. 24, 1, 18 u. 44, 7, 19; ähnlich BGB. § 1664). Wohl aber kann in der Bestellung einer dos eine Schenkung an die Frau und an die zu deren Dotation Verpflichteten liegen; dann bedarf es für die Dosbestellung jedoch keiner gerichtlichen Insinuation (S. 568, C. 5, 12, 31). Sie kann erfolgen durch Zuwendung von Eigentum und dinglichen Rechten, insbesondere eines Nießbrauchs (D. 23, 3, 7, 2 u. 3), durch Abtretung (D. 23, 3, 36) und Neubegründung einer Forderung (D. 23, 3, 41, pr.), durch Verzicht auf eine Forderung an den Ehemann (D. 23, 3, 41, 2) oder auf eine dem Besteller der Dos angefallene Erbschaft, die infolge dieses Verzichts dem Ehemann zufällt (D. 23, 3, 5, 5). Die Frau kann auch ihr ganzes Vermögen zur Dos bestellen, dann gilt das als zugewendet, was nach Abzug der Passiva, deren Schuldner

---

[2]) Nach kanon. Recht (X. 5, 16, 1) muß ferner der Verführer die Verführte heiraten und dotieren (duc et dota, woraus die Praxis duc aut dota machte).

Nach BGB. §§ 1620 ff. hat der Vater und bei dessen Unvermögen die Mutter die Pflicht zur Gewährung einer angemessenen Aussteuer. Über die Rechte einer Verführten vgl. §§ 825, 847, 1300, 1715.

der Besteller bleibt, übrig ist (quod superest deducto aere alieno, D. 23, 3, 72, pr.).

3. Die Bestellung der Dos (constitutio dotis) an den Mann erfolgt entweder durch Vermächtnis (D. 23, 3, 48, 1) oder durch Rechtsgeschäft unter Lebenden. In letzterem Falle kann die Bestellung entweder durch einen die Vermögensverschiebung unmittelbar herbeiführenden dinglichen Vertrag (unten α) oder durch Abgabe eines obligatorischen Dotalversprechens (unten β) erfolgen, in dessen Erfüllung dann später die dingliche Rechtsübertragung zu bewirken ist.

α. Die dingliche Rechtsübertragung (dotis datio) erfolgt durch Übergabe, Abtretung oder Abgabe der Verzichtserklärung. Werden körperliche Sachen zur Dos bestellt, so werden sie häufig unter einer Taxe übergeben. Diese kann eine verschiedene Bedeutung haben.

a. Soll die Schätzung den gegenwärtigen Wert der Sachen ermitteln, in der Absicht, daß die ermittelte Summe als eigentlicher Dotalgegenstand gelten soll, so spricht man von dos venditionis causa aestimata. Der die Sachen übernehmende Ehemann hat hierbei völlig die Stellung eines Käufers (D. 23, 3, 10, 5 u. 6); er muß daher nach Auflösung der Ehe die Schätzungssumme zurückgewähren und trägt die Gefahr der übernommenen Sachen.

b. Soll die Schätzung dagegen den gegenwärtigen Wert der Sachen nur zu dem Zwecke feststellen, um Streitigkeiten über den Wert im Falle der Auflösung der Ehe vorzubeugen (dos taxationis causa aestimata), so gelten die hingegebenen Sachen, nicht die Schätzungssumme, als Dotalgegenstand. Bei Auflösung der Ehe sind daher auch nur die übernommenen Sachen zurückzugeben und der Mann hat ihren zufälligen Untergang nicht zu vertreten (D. 23, 3, 69, 7 u. 24, 3, 50, C. 5, 12, 21).

c. Bei einer aestimatio venditionis causa kann einem der Ehegatten (im Zweifel dem Manne als dem Schuldner, S. 436) das Wahlrecht zustehen, ob bei Auflösung der Ehe die Sachen oder ihr Schätzungswert herauszugeben seien. In diesem Falle trägt der Mann auch dann die Gefahr

des Untergangs der empfangenen Sachen, wenn ihm das Wahlrecht zusteht (D. 23, 3, 10, 1 u. 11).

β. Das Dotalversprechen erfolgte nach klassischem Recht entweder in der Form der stipulatio (dotis promissio) oder durch eine solenne mündliche Zusage (dotis dictio: „centum tibi doti sunto"), die aber nur seitens der Frau, ihrer väterlichen Ascendenten oder ihres Schuldners erfolgen konnte[3]). Im justin. R. ist die dotis dictio verschwunden; es genügt nunmehr aber auch eine formlose Zusage des Bestellers (pollicitatio) auch ohne die Stipulationsförmlichkeiten. Streitig ist, ob es sich hierbei um einen formlos gültigen Vertrag (C. 5, 11, 6, pactum legitimum, S. 491) oder um ein ohne Annahme verbindliches einseitiges Versprechen (S. 474) handelt[3a]).

4. Die Hingabe der dos sowie die Abgabe des Dotalversprechens kann auch schon vor Eingehung der Ehe erfolgen. Dann stehen diese Akte aber in Abhängigkeit von der späteren Eheschließung (D. 23, 3, 3: nulla dos sine matrimonio). Bei der dos venditionis causa aestimata (bei welcher der Dotalgegenstand die Schätzungssumme ist) gilt dann der Eigentumsübergang, d. h. der Verkauf als bis zur Eheschließung aufschiebend bedingt; daher trifft vorheriger zufälliger Untergang den Besteller der Dos, nicht den Bräutigam (D. 23, 3, 10, 4 u. 5), während der Besteller

---

[3]) Ulp. fragm. 6, 1 u. 2: Dos aut datur aut dicitur aut promittitur. Dotem dicere potest mulier, quae nuptura est et debitor mulieris, si iussu eius dicat: item parens mulieris virilis sexus per virilem sexum cognatione iunctus velut pater avus paternus. dare promittere dotem omnes possunt.

Für die Kenntnis des älteren Dotalrechts sind die erhaltenen (S. 127) Fragmente aus Ulpians liber singularis regularum vielfach von Bedeutung.

[3a]) Das Versprechen braucht nicht nach Art und Gegenstand genau angegeben zu sein. Verspricht der Dotationspflichtige nur unbestimmt, so bemißt sich die Leistungspflicht nach dem Vermögen des Versprechenden und dem Stande des Bräutigams (D. 23, 3, 69, 4). Das Dotalversprechen eines Dritten bestimmt sich nach billigem Ermessen (C. 5, 11, 3). Das schlechthin ohne irgend eine Angabe gemachte Dotalversprechen erzeugt keine Verbindlichkeit (C. 5, 11, 1).

andererseits bei Auflösung der Verlobung die bereits übergebenen Sachen mit dinglicher Klage und daher auch von jedem Dritten zurückfordern kann (D. 23, 3, 17, 1). Ebenso gilt das Dotalversprechen und der zwecks Dosbestellung erfolgende Schulderlaß als durch die Eheschließung bedingt (D. 23, 3, 21 u. 43). In den übrigen Fällen dagegen geht das Eigentum an den als Dos bestimmten Sachen schon mit ihrer Hingabe auf den Mann über; die Eheschließung gilt also nicht als Bedingung des Eigentumsüberganges, sondern als bloße Voraussetzung, deren Nichteintritt für den Besteller der Dos keine dingliche Klage auf Rückgabe, sondern nur die persönliche condictio causa data causa non secuta (S. 652) erzeugt (D. 12, 4, 7, 1), welche auch auf die vom Bräutigam gezogenen Früchte geht (D. 22, 1, 38, 1).

In allen Fällen gelten die in Erwartung der Eheschließung hingegebenen Gegenstände erst von der Eheschließung an als Dotalgegenstände; daher werden die vorher erworbenen Früchte nicht Eigentum des Mannes, sondern vermehren die Dos, und das gesetzliche Pfandrecht der Ehefrau am Vermögen des Mannes (S. 834) datiert erst von der Eheschließung an. Dagegen steht das Vorzugsrecht im Konkurse auch schon der Braut zu (D. 47, 5, 17, 1 ff.).

Das Dotalversprechen wird erst mit Eingehung der Ehe klagbar (D. 23, 3, 21). Zinsen und Früchte sind vom Verzuge, spätestens aber nach Ablauf von 2 Jahren seit Eingehung der Ehe zu vergüten (C. 5, 12, 31, 2). Am Vermögen des Bestellers hat die Frau ein gesetzliches Generalpfandrecht (C. 5, 13, un., 1; S. 834).

5. Dotalverträge (D. 23, 4: De pactis dotalibus, vgl. C. 5, 14) sind vor und nach Eingehung der Ehe zulässig (ebenso Eheverträge nach BGB. § 1432), aber nur soweit gestattet, als sie nicht gegen den Zweck des Rechtsinstituts verstoßen. Dies ist zB. der Fall, wenn die Rechtsstellung der Frau durch den Dotalvertrag erheblich verschlechtert wird (D. 23, 4, 17), ihr insbesondere die Rückforderung bei Auflösung der Ehe unter allen Umständen entzogen ist (D. 23, 4, 12, 1) und andererseits, wenn dem Manne die Befugnis zur Anrechnung der notwendigen

Aufwendungen entzogen ist (D. 23, 4, 5, 2). Nur mit der gleichen Beschränkung ist eine permutatio dotis (Ersetzung der ursprünglichen Dotalgegenstände durch andere) zulässig (D. 23, 4, 21 u. 29).[4])

b. Rechtsverhältnisse an den Dotalsachen.

1. Während der Ehe.

Der Mann wird Eigentümer der Dotalsachen und tritt bezüglich der nicht körperlichen Gegenstände in die Rechtsstellung des Bestellers ein. Er ist daher grundsätzlich berechtigt, über die Dotalsachen frei zu verfügen. Da er aber bei Beendigung der Ehe zu ihrer Herausgabe verpflichtet ist (unten 2), so wird er im Interesse der Sicherung der Frau allmählich derart beschränkt, daß seine Stellung sich schließlich von der eines bloßen Nießbrauchers nur wenig unterscheidet[5]).

---

[4]) Da Dotalverträge (wie Darlehnsschuldscheine, S. 481[10]) häufig ein Empfangsbekenntnis enthielten, während die Dos in Wahrheit zur Zeit des Vertragsschlusses noch nicht übereignet war, sollte eine solche Erklärung erst nach Ablauf einer bestimmten Frist Beweiskraft haben, innerhalb dieser aber mit einer querela non numeratae dotis oder durch Einrede gegen die Dotalklage oder durch Protestation angefochten werden können (innerhalb eines Jahrs seit Lösung der Ehe, wenn diese höchstens 2 Jahre, innerhalb von drei Monaten, wenn sie 2—10 Jahre gedauert hatte, bei mehr als zehnjähriger Ehe ist eine Anfechtung nicht mehr zulässig); vgl. C. 5, 15: De dote cauta et non numerata und Nov. 100, und über die Beseitigung dieser Vorschriften durch EGCPO. § 17 oben S. 481[10].

[5]) In C. 5. 12, 30 sagt deshalb Justinian, daß die Dotalsachen „ex naturali iure mulieris esse" und nur „secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenire". Ähnlich D. 23, 3, 75: Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est. Doch handelt es sich hierbei nur um eine ungenaue Ausdrucksweise, die dadurch hervorgerufen ist, daß die Frau regelmäßig die Anwartschaft auf den Erwerb der Dotalsachen nach Auflösung der Ehe hat; vgl. noch D. 2, 8, 15, 3 und 4, 4, 3, 5.

Nach BGB. § 1373 bleibt die Frau Eigentümerin des eingebrachten Gutes; der Mann ist zur Besitznahme berechtigt. Ihm stehen nur diejenigen Verwaltungsbefugnisse zu, welche ihm vom Gesetz ausdrücklich gegeben sind (§§ 1374 ff.); vgl. S. 873[1].

α. Bei der Verwaltung des Dotalguts hat er die gleiche Sorgfalt wie hinsichtlich des eigenen Vermögens anzuwenden (D. 23, 3, 17, pr., über die Unzulässigkeit einer vertragsmäßigen Herabminderung der Haftung auf Dolus vgl. D. 23, 4, 6). Bei vertretbaren Sachen (und demnach auch bei der dos venditionis causa aestimata, D. 23, 3, 10, pr.) trägt er alle Gefahr (D. 23, 3, 42).

β. Nach einer lex Iulia de fundo dotali, einem Teile der lex Iulia de adulteriis (S. 180), durfte der Mann die italischen Dotalgrundstücke nur mit Einwilligung der Frau veräußern und selbst mit ihrer Einwilligung — da hierin eine Interzession gelegen hätte (S. 286) — nicht verpfänden. Justinian verbot sodann die Veräußerung, Verpfändung und sonstige Belastung (I. 2, 8, pr., D. 23, 5, 5 u. 6) aller Dotalgrundstücke, selbst im Falle der Einwilligung der Frau (C. 5, 13, 1, 15). Die gegen das Verbot erfolgte Veräußerung ist nichtig (D. 41, 3, 42), auch wenn sie vor der Ehe seitens des schon in den Besitz der Dos gesetzten Bräutigams (D. 23, 5, 4) oder nach Auflösung der Ehe erfolgt. Das Verbot bezieht sich jedoch nicht auf den fundus venditionis causa aestimatus (S. 876), weil hierbei die Schätzungssumme in dote ist[6]).

γ. Die Einkünfte des Dotalvermögens fließen dem Manne zu, der sie aber für die Ehezwecke (ad onera matrimonii sustinenda) zu verwenden hat (D. 24, 3, 22, 8). Die Früchte der Dos behält er dauernd, auch soweit sie zur Bestreitung der onera matrimonii nicht erforderlich

---

[6]) D. 23, 5, C. 5, 23: De fundo dotali. Die Veräußerung ist jedoch gültig bei einem zu einer dos recepticia gehörenden Grundstücke, da ein solches auch bei Auflösung der Ehe nicht an die Frau oder deren Erben zurückfällt (D. 23, 5, 3, 1). Sie konvalesziert (S. 316), wenn sie nach Auflösung der Ehe von der Frau oder ihren Erben bestätigt wird oder der Mann die Dos erbt (D. 23, 5, 17; 41, 3, 42).

Nach kanon. R. (X. 2, 24, 28) ist die von der Frau eidlich bekräftigte Veräußerung unanfechtbar.

Nicht freiwillige Veräußerungen (z.B. wegen verweigerter cautio damni infecti, D. 23, 5, 1, pr., oder im Teilungsverfahren, D. 23, 3, 78, 4) fallen nicht unter das Verbot.

sind (D. 23, 3, 7, pr.). Dagegen gelten die übrigen Accessorien, besonders der in einer Dotalsache gefundene Schatz (D. 24, 3, 7, 12), als Vermehrungen der Dos, sind also gegebenenfalls mit dieser herauszugeben (D. 23, 3, 10, 1). Ebenso BGB. §§ 1383, 1389.

δ. Wird eine Dotalsache evinziert (S. 553), so hat der Mann bei der dos venditionis causa aestimata alle Rechte eines Käufers (D. 23, 3, 16). Im übrigen hat er einen Gewährleistungsanspruch gegen den Besteller nur dann, wenn dieser dolos gehandelt hatte (D. 23, 3, 69, 7).

ε. Schon während der Ehe kann die Frau die Dos zurückfordern, wenn der Mann seiner Unterhaltspflicht nicht genügt (D. 24, 3, 22, 8 u. 9) oder in Vermögensverfall gerät (D. 24, 3, 24, pr., C. 5, 12, 29; ähnlich heute BGB. §§ 1391 ff., 1418 ff., 1426). In sonstigen Fällen befreit ihn eine während der Ehe erfolgte Rückgabe der Dotalsachen an die Frau, falls sie bei dieser untergehen (C. 5, 19, 1), nur dann von der Ersatzpflicht bei Auflösung der Ehe, wenn die vorzeitige Rückgabe aus zwingenden Gründen geschehen war[7]).

2. Nach Auflösung der Ehe[8]).

α. Allgemeines.

Die Wirkungen der Ehescheidung auf die Dos sind unten besonders zu besprechen (S. 893). Hier handelt es sich nur um die durch den Tod eines der Ehegatten herbeigeführte Lösung der Ehe.

Die Dos geht zwar in das Eigentum des Mannes über, aber sie soll andererseits nur den Zwecken der Ehe dienen. Wird diese daher aufgelöst, so müßte die Dos zurück-

[7]) D. 23, 3, 73. 1: Manente matrimonio non perditurae uxori ob has causas dos reddi potest: ut sese suosque alat, ut fundum idoneum emat, ut in exilium vel in insulam relegato parenti praestet alimonia, aut ut egentem virum fratrem sororemve sustineat; vgl. D. 23, 3, 73, 80 u. 24, 3, 20.

[8]) D. 24, 3, C. 5, 18: Soluto matrimonio dos quemadmodum petatur.

gegeben werden. Aber dieser Satz ist erst im jüngsten rR. zur folgerichtigen Durchführung gelangt. Hierbei ist zu unterscheiden, ob der Besteller der Dos sich deren Rückgabe bei Auflösung der Ehe vertragsmäßig ausbedungen hat (dos recepticia, S. 875) oder nicht.

a. Ist über die Rückgabe der Dos ein Dotalvertrag (cautio rei uxoriae, instrumentum dotale) geschlossen worden, so kommen dessen Bestimmungen zur Anwendung. Der Besteller kann die Rückgabe an sich selbst oder — wenn er ein Ascendent der Frau ist — an diese oder deren Descendenten ausbedingen (D. 24, 3, 45). Die Dos ist beim Vorliegen eines Dotalvertrages ganz und sofort zurückzugeben. Der Ehemann kann Abzüge (unten S. 886) nur wegen impensae necessariae machen, da diese die Dos ipso iure mindern. Er hat gegenüber der auf den Dotalvertrag gestützten Klage weder ein Recht auf Stundung, noch das beneficium competentiae. Wird die Ehe endlich infolge des Todes des Mannes aufgelöst und hat dieser der Frau etwas testamentarisch hinterlassen, so erhält sie im Zweifel dieses neben der Dos (C. 5, 13, 1, 3).

Der Dotalvertrag mußte ursprünglich in der Form der Stipulation geschlossen werden. Die Rückforderung erfolgte daher durch actio ex stipulatu, die als actio stricti iuris jede Rücksichtnahme auf die Interessen des zur Rückgabe Verpflichteten ausschloß. In der Kaiserzeit faßte man die bei Hingabe der Dos erfolgte formlose Vereinbarung über die Rückgabe als Innominatkontrakt (S. 488) auf und gewährte daher eine actio praescriptis verbis (C. 5, 13, 1, 13; 5, 14, 1).

b. Die beim Mangel eines Dotalvertrags zur Anwendung gelangenden gesetzlichen Vorschriften haben erst durch Justinian in der l. un. C. De rei uxoriae actione 5, 13 ihre endgültige Gestaltung erhalten. In Frage kommt hierbei: wer zur Rückforderung der Dos berechtigt ist (unten β), wie die Rückgabepflicht zu erfüllen ist (unten γ) und mit welchen Rechtsbehelfen sie nötigenfalls erzwungen werden kann (unten δ).

β. Rückforderungsberechtigung.

a. Bis auf Justinian verblieb die Dos bei Auflösung der Ehe unter Umständen dem Manne oder seinen Erben.

1) Dies war ursprünglich sogar stets der Fall, wenn die Ehe durch den Tod des Mannes ihr Ende erreichte. Es war allerdings üblich, daß der Mann der Frau testamentarisch Zuwendungen machte. Einen klagbaren Anspruch auf Rückgabe der Dos (actio rei uxoriae) erhielt die Frau jedoch erst durch das prätorische Recht. Hierbei soll der den Umfang der Rückgabepflicht feststellende arbiter nach freiem Ermessen entscheiden. Die actio rei uxoriae ist eine actio „in aequum et bonum concepta", sie geht auf „quod melius aequius erit". Der Rückgabeanspruch steht aber nur der Frau persönlich zu; vererblich wird er erst, wenn er von der Frau noch bei Lebzeiten geltend gemacht worden ist[9]). Hat der Mann der Frau testamentarisch etwas zugewendet, so kann sie nach dem edictum de alterutro nur dieses oder die Dos verlangen, nicht aber beides nebeneinander (wie beim Vorliegen eines Dotalvertrags, S. 882); vgl. C. 5, 13, 1, 3a.

2) Endet die Ehe durch den Tod der Frau, so behält — beim Nichtvorhandensein eines Dotalvertrags — der Mann die dos adventicia stets, die dos profecticia aber nur, wenn der Besteller nicht mehr lebt. Dem noch lebenden Besteller muß der Mann die dos herausgeben, kann aber $^1/_5$ für jedes Kind zurückbehalten (Ulp. fr. 6, 4 u. 5).

b. Justinian bestimmte in C. 5, 13, un., daß die Frau auch beim Mangel eines Dotalvertrags — der natürlich an erster Stelle zur Anwendung zu kommen hätte — so behandelt werden soll, als läge ein ihr möglichst günstiger

---

[9]) Ulp. fragm. 6, 6 u. 7: Divortio facto si quidem sui iuris sit mulier, ipsa habet rei uxoriae actionem, id est dotis repetitionem; quodsi in potestate patris sit, pater adiuncta filiae persona habet actionem; nec interest adventicia sit dos, an profecticia. Post divortium defuncta muliere heredi eius actio non aliter datur, quam si moram in dote mulieri reddenda maritus fecerit.

Dotalvertrag vor. Hiernach soll die dos niemals dem Manne oder seinen Erben verbleiben, sondern stets an die Frau oder ihre Erben oder den Besteller zurückfallen. Die Empfangsberechtigten sollen unter der Fiktion einer stipulatio die actio ex stipulatu (S. 480) haben, auf welche aber die der Frau günstigen Grundsätze der beseitigten actio rei uxoriae übertragen sind; insbesondere soll diese actio ex stipulatu — was, wie Justinian auch hervorhebt (C. 5, 13, 1, 2), ihrem Wesen eigentlich widerspricht, S. 482 — die Natur eines bonae fidei iudicium haben (I. 4, 6, 29) und auch ohne weiteres vererblich sein.

1) Endet die Ehe durch den Tod des Mannes, so fällt die Dos an die Frau allein, wenn sie sui iuris ist. Ist sie alieni iuris, so gilt (wie schon bisher, D. 24, 3, 2 u. 3) der Satz: dos fit communis patri et filiae. Es entsteht eine Art von Miteigentum zur gesamten Hand (S. 788): die Einziehung kann nur von beiden gemeinsam erfolgen, beim Tode des Gewalthabers fällt die Dos nicht an seine Erben, sondern an die Frau, beim Tode der Frau fällt sie nicht an ihre Erben, sondern an den Gewalthaber (C. 5, 13, 1, 14).[10]) Das edictum de alterutro ist beseitigt (C. 5, 13, 1, 3a).

2) Endet die Ehe durch den Tod der Frau, so fällt die dos adventicia und, falls der Besteller nicht mehr lebt, auch die dos profecticia an ihre Erben (C. 5, 13, 1, 6 u. 13). Lebt der Besteller noch, so fällt die Dos an ihn auch dann zurück, wenn die Frau Kinder hinterläßt (so Bulgarus —S. 150 —, anders Martinus).

γ. Erfüllung der Rückgabepflicht.

a. Gegenstand und Umfang.

Das Dotalvermögen ist grundsätzlich in dem Zustande zurückzugewähren, in dem es sich zur Zeit der Auflösung der Ehe befindet.

---

[10]) Dies ist nicht Gem. R. geworden; denn nach diesem endet die väterliche Gewalt über eine Tochter mit deren Verheiratung (unten § 152[7]).

1) Unvertretbare Sachen sind in Natur, vertretbare (zu denen auch die dos venditionis causa aestimata gehört, S. 876) in gleicher Quantität und Qualität herausgegeben. Können Dotalsachen nicht zurückgegeben werden, so haftet der Ehemann für vertretbare Sachen ohne weiteres (D. 23, 3, 42), für unvertretbare nur, soweit er sie ohne Einwilligung der Frau veräußert hat (D. 24, 3, 50) oder schuldhafter Weise nicht zurückgeben kann, und zwar haftet er hierbei nur für culpa in concreto (S. 457, D. 23, 3, 17, pr.). Über die Art der Rückgewähr eines zur Dos bestellten Nießbrauchs vgl. D. 24, 3, 57, einer durch Acceptilation erlassenen Forderung D. 23, 3, 43, über die Verantwortlichkeit des Mannes für Einziehung einer versprochenen Dos D. 23, 3, 33.

2) Mit den herauszugebenden Gegenständen sind deren Accessionen (Alluvion, Schatz) herauszugeben. Dagegen verbleiben die während der Ehe (nicht aber die vorher, D. 23, 3, 47) gezogenen Früchte und Zinsen dem Manne (S. 880). Nach dem das rR. beherrschenden Substantialprinzip (S. 252), das auch bei Beendigung des Nießbrauchs zur Anwendung gelangt (S. 807), dürfte der Mann alle schon gewonnenen Früchte behalten, während er an den fructus stantes et pendentes keinen Anteil hätte. Zur Erzielung eines gerechteren Ergebnisses soll jedoch bezüglich der Früchte des letzten Jahres der Ehe eine verhältnismäßige Teilung zwischen den Parteien eintreten[11]).

---

[11]) Dieses Jahr wird (nach der richtigen Meinung) berechnet: falls das Grundstück vor oder bei der Eheschließung zur Dos bestellt wird, von der Eheschließung, sonst von der Übereignung an (D. 24, 3, 5 und 6).

Die Teilung war zunächst für die Ehescheidung eingeführt und wurde dann auch auf den Fall der Auflösung der Ehe durch den Tod ausgedehnt. Bei der leichten Ehescheidung des rR. (unten § 150 b) hätte der Mann die Frau nämlich schwer schädigen können, wenn er alle perzipierten Früchte hätte behalten dürfen. In der viel umstrittenen l. 7 § 1 D. 24, 3 wird zB. folgender Fall behandelt: Eine Ehe beginnt am 1. Oktober; der Mann erhält einen noch nicht abgeernteten Weinberg zur Dos, gewinnt im Oktober dessen Ernte, verpachtet ihn vom 1. November ab auf ein Jahr und zieht den Pacht-

b. Gegenansprüche des Mannes.

Gegen die nach diesen Grundsätzen festzustellende Dotalforderung kann der Mann gewisse Gegenansprüche geltend machen.

1) Bis auf Justinian konnten retentiones ex dote gemacht werden im Falle der Ehescheidung propter mores und propter liberos (unten § 150 b), ferner in allen Fällen propter res donatas et amotas, sowie propter impensas (Ulp. fr. 6, 9—17). Bis zur Befriedigung dieser Gegenansprüche durfte die Dos oder ein entsprechender Teil zurückbehalten werden.

2) Justinian hat in C. 5, 13, 1, 5 alle diese Abzugsrechte beseitigt (taceat retentionum verbositas), bis auf die impensae necessariae. Nur wegen solcher ist also eine Zurückbehaltung der Dos noch möglich, wobei hinsichtlich einer in Geld bestehenden Dos der Satz gilt: impensae necessariae ipso iure dotem minuunt. Als notwendige Verwendungen gelten aber nicht die auf die Gewinnung der Früchte und auf die Unterhaltung der Dotalsachen verwendeten Kosten; denn diese hat der Mann als Nießbraucher selbst zu tragen (D. 25, 1, 15 u. 16). Auch wegen impensae utiles ist keine Zurückhaltung möglich; vielmehr muß sie der Mann, falls sie von der Frau genehmigt sind, mit der actio mandati contraria, falls sie ohne ihre Zustimmung vorgenommen sind, mit der actio negotiorum gestorum contraria besonders einklagen (C. 5, 13, 1, 5 e). Wegen impensae voluptuariae hat der Mann, wie schon früher, nur ein ius tollendi (C. 5, 13, 1, 5 f.).

---

zins ein; am 31. Januar wird die Ehe durch Scheidung gelöst. Dann dürfte nach dem Substantialprinzip der Ehemann alles Empfangene behalten, während er nach dem im Text erwähnten Ausnahmesatze mit Rücksicht auf das viermonatige Bestehen der Ehe nur $^1/_3$ der Früchte des Dotaljahres (vom 1. Oktober bis 1. Oktober), also $^1/_3$ der Ernte und des Pachtzinses für 11 Monate (1. November bis 1. Oktober) erhält. Papinian spricht ihm in D. 24, 3, 7, 1 sogar nur $^1/_8$ der Weinlese und des dreimonatigen Pachtzinses (1. November bis 31. Januar) zu, was von den meisten als Rechenfehler behandelt wird.

c. Ort und Zeit der Rückgabe.

1) Die Dos ist von dem Mann an seinem Wohnorte zurückzugeben (D. 5, 1, 65).

2) Vor Justinian mußten nur die unvertretbaren Sachen sofort, die vertretbaren konnten in drei Jahresterminen nach Auflösung der Ehe (annua, bima, trima die) zurückgegeben werden.

Justinian bestimmte (C. 5, 13, 1, 7), daß Grundstücke sofort, sonstige Dotalgegenstände ein Jahr nach Auflösung der Ehe zurückzugeben sind bei Vermeidung einer Verzugsstrafe von 4% (C. 5, 13, 1, 7 b); die Einkünfte dieses Jahres gebühren aber dem Empfänger der Dos.

δ. Die Dotalklagen.

a. Wie S. 882 dargelegt, war zur Erzwingung der Rückgabe der Dos bis auf Justinian beim Vorhandensein eines Dotalvertrags eine actio ex stipulatu, beim Mangel eines solchen eine nach Umfang und Vererblichkeit beschränkte actio rei uxoriae gegeben. Justinian ersetzte die letztere auch beim Mangel einer Dotalstipulation durch eine actio ex stipulatu, auf die er aber die der Frau günstigen Vorschriften der ehemaligen actio rei uxoriae übertrug.

Gegen die Dotalklage (nicht aber gegen die auf Rückgabe einer dos recepticia gerichtete Klage, D. 42, 1, 21) steht dem Manne, seinen Kindern und seinem Vater, nicht aber seinen sonstigen Erben, das beneficium competentiae (S. 469) zu (D. 24, 3, 12 u. 18, pr.).

b. Die actio ex stipulatu war eine nur gegen den Mann oder seine Erben gehende obligatorische Klage. Justinian sicherte die Frau aber auch noch dinglich.

1) Die Frau hat hinsichtlich der bei Auflösung der Ehe noch vorhandenen Dotalsachen (si tamen exstant) ein dingliches Rückforderungsrecht gegen jeden Dritten, bei dem diese Gegenstände sich befinden (C. 5, 12, 30).[12])

---

[12]) Da der Mann Eigentümer der Dotalsachen ist (S. 879), ist die Natur dieser dinglichen Rückforderungsklage höchst streitig (rei vindicatio utilis? actio hypothecaria?)

2) Wegen der Dotalforderung besteht ein gesetzliches Generalpfandrecht am Vermögen des Mannes (S. 834), das zu Gunsten der Frau und ihrer Abkömmlinge sogar privilegiert ist (S. 851, I. 4, 6, 29, C. 8, 17, 12).[13])

§ 149. Parapherna und Eheschenkung.

a. Parapherna.

Parapherna sind diejenigen Vermögensteile der Frau, die sie dem Manne nicht zur Dos gegeben hat (extra dotem). An ihnen stehen dem Manne nur die Rechte zu, die die Frau ihm vertragsmäßig einräumt (D. 23, 3, 9, 3, C. 5, 14, 8). Bei der Verwaltung der Paraphernen haftet der Mann ebenfalls (S. 880) nur für diligentia quam suis und die Frau hat auch wegen ihrer Ansprüche auf Herausgabe dieses Vermögens ein gesetzliches Generalpfandrecht an seinem Vermögen (C. 5, 14, 11).[1])

b. Propter nuptias donatio[2])

ist eine Zuwendung des Mannes an die Frau zwecks Sicherstellung der Frau für den Fall des Todes des Mannes oder

---

Streitig ist auch, ob der Ausdruck „si tamen exstant" alle diejenigen Sachen umfaßt, die bei Auflösung der Ehe überhaupt noch körperlich vorhanden sind (Dernburg) oder nur diejenigen, die dann noch zum Vermögen des Mannes gehören, sodaß die vom Manne gültig (S. 880) veräußerten für die Frau verloren sind.

[13]) Nach BGB. bleiben die zum „eingebrachten Gut" (S. 874[1]) gehörenden Vermögensstücke Eigentum der Frau. Sie kann sie also nach Auflösung der Ehe von dritten herausverlangen, sofern deren Erwerb nicht im guten Glauben (S. 741) oder auf Grund von Verfügungen erfolgte, zu denen der Ehemann als solcher berechtigt war (§ 1376).

Ein gesetzliches Pfandrecht (vgl. S. 834[11]) hat die Ehefrau wegen ihrer Forderung auf das Eingebrachte ebensowenig wie ein Vorzugsrecht im Konkurse des Mannes.

[1]) Daß die Gegensätze dos und parapherna auf ganz anderen Unterscheidungsmerkmalen beruhen als die das Ehegüterrecht des BGB. beherrschenden Gegensätze „eingebrachtes Gut" und „Vorbehaltsgut", ist schon S. 874[1] bemerkt.

[2]) C. 5, 3: De donationibus ante nuptias vel propter nuptias et sponsaliciis.

einer von diesem verschuldeten Scheidung. Wegen der Nichtigkeit einer donatio inter virum et uxorem (S. 571) mußte diese Zuwendung anfänglich vor der Ehe erfolgen; Justinian gestattete dies jedoch auch nach erfolgter Eheschließung und bezeichnete die bisherige donatio ante nuptias daher als donatio propter nuptias (I. 2, 7, 3, C. 5, 3, 20). Justinian gestaltete die Eheschenkung ferner zu einem Gegenstücke der Dos aus (daher später contrados, antidos, antipherna genannt): sie soll der Dos gleichkommen, (Nov. 97, 1 u. 2), verbleibt zwar — da sie nur versprochen zu werden pflegt — in der Hand des Mannes, der aber die zur Eheschenkung gehörenden Immobilien ebensowenig wie die Dotalgrundstücke (S. 880) veräußern darf (Nov. 61); die Frau hat wegen ihres Anspruchs auf die d. p. n. eine gesetzliche Generalhypothek am Vermögen des Mannes (C. 8, 17, 2, 12, Nov. 109, 1) und kann die d. p. n. bei Vermögensverfall des Mannes auch schon während bestehender Ehe herausverlangen (C. 5, 12, 29). Soweit der Vater der Frau eine dos, muß der Vater des Mannes eine d. p. n. bestellen (C. 5, 11, 7). Endlich unterliegt die d. p. n. nicht dem Insinuationszwange (S. 567, Nov. 119, 1: quoniam pro ea aequalitas dotis offertur).[3])

Das Schicksal der d. p. n. nach Auflösung der Ehe wird regelmäßig in den instrumenta dotalia bestimmt. Mangels vertragsmäßiger Bestimmung fällt im Falle einer durch den Mann verschuldeten Scheidung (unten S. 892) sowie seines Todes die d. p. n. an die Frau, falls aber Kinder vorhanden sind, ganz nur zu Nießbrauch und Verwaltung, während sie das Eigentum mit den Kindern teilt (Nov. 98, 1 u. 127, 3).

---

[3]) Ähnliche auf die Sicherung der Ehefrau beim Tode des Mannes oder bei einer von ihm verschuldeten Scheidung abzielende Rechtsinstitute kannte auch das deutsche Recht (Wittum, Morgengabe, Leibzucht, D. § 88 a). Die donatio propter nuptias hat jedoch in Deutschland keine gemeinrechtliche Geltung erhalten und ist dem BGB. unbekannt.

§ 150. Die Auflösung der Ehe.

a. Allgemeines.

Ein gültige[1]) Ehe kann enden (D. 24, 2, 1):

1. durch den Tod eines Ehegatten;

2. durch capitis diminutio maxima (S. 204[1]). Im Falle der Kriegsgefangenschaft durfte der zurückgebliebene Teil anfänglich nach 5 Jahren heiraten, sofern er über das Leben des in Kriegsgefangenschaft geratenen Gatten keine Kunde erhalten hatte. Justinian gestattete eine neue Heirat jedoch erst, wenn der Tod des Gefangenen feststand (D. 24, 2, 6, Nov. 22, 7 u. 117, 11). Durch capitis diminutio media (Verlust der Civität) wird die Ehe nicht ohne weiteres gelöst (D. 48, 20, 5, 1). In früherer Zeit (S. 861) wird jedoch das matrimonium iuris civilis zum matrimonium iuris gentium und demnach die Manusehe zur freien Ehe;

3. durch Entstehung einer ein Ehehindernis bildenden Verwandtschaft (zB. Adoption des Schwiegersohns, D. 23, 2, 67, 3);

4. durch Ehescheidung (unten b).

b. Ehescheidung[2]).

Die Ehescheidung kann nach rR. entweder durch Übereinkunft der Ehegatten (divortium)[3]) oder durch einseitige

---

[1]) Nicht zu verwechseln mit den die Auflösung einer gültigen Ehe herbeiführenden Umständen sind diejenigen, die die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit einer Ehe nach sich ziehen (S. 862[7]).

In den letzteren Fällen liegt das die Ehe vernichtende Ereignis (Ehehindernis, Form- oder Willensmangel) vor der Eheschließung, bei der Ehescheidung nach derselben (Ehebruch, Sävitien, Geisteskrankheit usw.).

[2]) D. 24, 2: De divortiis et repudiis, C. 5, 17: De repudiis et iudicio de moribus sublato.

[3]) D. 24, 2, 2, pr.: Divortium autem vel a diversitate mentium dictum est vel quia in diversas partes eunt qui distrahunt matrimonium. Die bisher herrschende Ansicht, daß divortium die vertragsmäßige, repudium die einseitige Ehescheidung bedeutet, ist von Zeumer (1899) angegriffen worden. Nach ihm bedeutet

Aufkündigung (repudium) erfolgen. Voraussetzungen und Wirkungen der Ehescheidung sind verschieden für die Manusehe und die später allein in Betracht kommende (S. 861) freie Ehe.

1. Scheidung der Manusehe.

α. Das matrimonium cum conventione in manum konnte nur seitens des Mannes, nicht seitens der Frau gelöst werden. Für konfarreierte Ehen (S. 867) bedurfte es dabei eines contrarius actus (S. 507), der diffareatio. Untrennbar war aber die Ehe eines flamen Dialis (S. 49). Gründe brauchte der Mann an sich nicht anzugeben. Doch pflegte er vor der Scheidung einen Familienrat der Kognaten zuzuziehen, und die Außerachtlassung dieser Sitte wurde von den Censoren (zB. durch Ausstoßung aus dem Senat) gerügt. Außerdem zog grundloses repudium vermögensrechtliche Nachteile nach sich (S. 894). Endlich waren die Ehegatten bei konfarreierter Ehe von der Mitwirkung der Pontifizes abhängig, und diese konnten durch Verweigerung der Vornahme der diffareatio grundlosen Scheidungen entgegentreten. Ehescheidungen waren in älterer Zeit übrigens selten; Gellius (Noctes Atticae, S. 117[1]) erwähnt als erste (d. h. wohl als erste leichtfertige) Ehescheidung die das Sp. Calvisius Ruga (235 v. Chr.). Diese Scheidung soll auch den Anstoß zur Einführung von Dotalverträgen gegeben haben.

Für die durch coemtio oder usus geschlossene Manusehe bedurfte es keines contrarius actus. Zur Vernichtung der manus bedurfte es aber einer mancipatio der Frau an einen Dritten, der die Frau emanzipierte, wodurch sie sui iuris wurde[4]).

β. Bei berechtigter Verstoßung der Frau (zB. wegen Ehebruchs) behielt der Mann ihr ganzes Vermögen; bei

---

divortium die vertragsmäßige oder einseitige Ehescheidung selbst, repudium den diese herbeiführenden Vorgang, die Erklärung des Scheidungswillens.

[4]) Über die Benutzung dieser Vorgänge zur Befreiung der Frauen von der Agnatentutel vgl. S. 285.

grundloser Scheidung mußte er ihr regelmäßig ihr Eingebrachtes zurückgewähren („tuas res tibi habeto", D. 24, 2, 2, 1).

2. Scheidung der freien Ehe.

a. Voraussetzungen.

Die Ehe ohne Manus konnte anfänglich von jedem Gatten und ebenso von seinem Gewalthaber willkürlich gelöst werden; erst in nachklassischer Zeit wurde das Recht des Gewalthabers der Frau, sie wieder in sein Haus zurückzuführen, gänzlich beseitigt (S. 871). Andererseits bedurfte es — im Gegensatz zum älteren rR. — nicht mehr einer Zustimmung des Gewalthabers zur Trennung der Ehe (Invitam autem ad maritum redire nulla iuris praecepit constitutio, C. 5, 17, 5).

Die lex Iulia de adulteriis (ein Teil der lex Iulia et Papia Poppaea, S. 103[5]) bestimmte als Form für die Ehescheidung (repudium und divortium) Erklärung vor 7 mündigen römischen Bürgern (tuas res tibi habeto od. agito, D. 24, 2, 2, 1). Später sandte der die Ehe aufkündigende Ehegatte dem anderen Teil durch einen Liberten einen libellus repudii (repudium mittere) und ließ ihn vor 7 Zeugen überreichen (vgl. D. 24, 2, 9). Aber auch nach der lex Iulia hing die Lösung der Ehe von dem freien Willen der Ehegatten ab; ein leichtfertiges repudium konnte freilich eine nota censoria nach sich ziehen (S. 891) und bei der Vermögensauseinandersetzung wurde der schuldlose Ehegatte bevorzugt (S. 894).[4a])

In der christlichen Kaiserzeit wurden die Gründe, aus denen ein repudium gerechtfertigt sein sollte, zwar gesetzlich festgestellt (zuletzt von Justinian in Nov. 117, 8 u. 9: Staatsverbrechen, Ehebruch, Lebensnachstellung, leichtfertiger Lebenswandel der Frau, so zB. Si circensibus aut theatris aut amphitheatris interfuerit ad spectandum ignorante

---

[4a]) Eine Ausnahme von der freien Lösbarkeit der Ehe durch beide Teile bestand hinsichtlich der Ehe der liberta mit dem patronus. Nach der lex Iulia et Papia Poppaea konnte die liberta sich nicht einseitig von ihrem patronus scheiden (D. 24, 2, 11, pr. u. 1).

aut prohibente viro); aber auch ein grundloses repudium beendete die Ehe und zog nur andere, insbesondere vermögensrechtliche Nachteile, nach sich (C. 8, 17, 8, unten β b). Erst Justinian erklärte ein divortium communi consensu für nichtig, außer wenn die Ehegatten das Keuschheitsgelübde (votum castitatis) ablegen wollten (Nov. 117, 10 u. 134); sein Nachfolger Justinus II. erlaubte es jedoch wieder (Nov. 140).[5])

β. Folgen der Ehescheidung.

Nach dem vorstehenden war auch noch nach jüngstem rR. die Gültigkeit der Ehescheidung von dem Vorhandensein eines Ehescheidungsgrundes unabhängig. Dagegen war es für die vermögensrechtlichen Folgen der Ehescheidung stets von Bedeutung, ob die Scheidung gerechtfertigt war oder nicht.

---

[5]) Das römische Ehescheidungsrecht ist in Deutschland — abgesehen von den Scheidungsstrafen, S. 894 — nicht rezipiert worden. Zwar ließ auch das ältere deutsche Recht die willkürliche Ehescheidung zu (D. § 91). Die katholische Kirche jedoch, welche die Ehegesetzgebung und Ehegerichtsbarkeit von vornherein für sich in Anspruch nahm, verwarf wegen der Sakramentsnatur der Ehe (D. § 41 b 3) die Ehescheidung vollständig. Zugelassen wurde nur eine zeitweilige oder dauernde Trennung von Tisch und Bett (separatio quoad thorum et mensam). Die evangelische Kirche ließ die Ehescheidung (separatio quoad vinculum) zwar wieder zu, aber nur wegen bestimmter Verfehlungen (besonders wegen Ehebruchs und böslicher Verlassung), die in einem gerichtlichen Verfahren festzustellen waren. Erst durch das ALR. wurde für Preußen und durch das Reichspersonenstandsgesetz vom 6. Februar 1875 für das Reich die Ehescheidung auch für die Katholiken eingeführt (aber nur mit bürgerlicher, nicht mit kirchlicher Wirkung).

Nach BGB. (§§ 1565—1569) ist die Ehescheidung (mit bürgerlicher Wirkung) für alle Konfessionen, aber nur beim Vorliegen bestimmter Ehescheidungsgründe (Ehebruch, Lebensnachstellung, böswillige Verlassung, schwere Verletzungen der ehelichen Pflicht, Geisteskrankheit) zulässig. Die Ehetrennung erfolgt durch die staatlichen Gerichte in einem von dem sonstigen Verfahren erheblich abweichenden Civilprozeßverfahren (CPO. Buch VI). Der Ehegatte, der auf Scheidung zu klagen berechtigt ist, kann statt auf Scheidung auf bloße Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft klagen, der beklagte Ehegatte aber, falls die Klage begründet ist, verlangen, daß die Ehe geschieden werde (§ 1575).

a. Nach vorjustinianischem Recht konnte die Frau nach der Ehescheidung ihre Dos mit der actio rei uxoriae zurückverlangen. Es wurde jedoch unterschieden:

1) War die Frau an der Scheidung schuld, so konnte der Mann von der Dos zurückbehalten (S. 886): propter mores graviores (Ehebruch) $^1/_6$, propter leviores $^1/_8$ (retentio propter mores), ferner für jedes Kind $^1/_6$, aber höchstens $^3/_6$ (retentio propter liberos). Fernere Abzüge waren propter impensas sowie propter res donatas und amotas zulässig.

2) War der Mann an der Scheidung schuld, so mußte er die sonst in drei Jahresraten zurückzugebenden vertretbaren Dotalsachen (S. 885) propter mores graviores sofort, propter mores leviores in drei Halbjahresraten herausgeben; von den unvertretbaren, sofort herauszugebenden Sachen mußte er an Früchten soviel herausgeben „quantum in illa dote, quae triennio redditur, repraesentatio facit" (Ulp. fr. 6, 12 u. 13). Der schuldige Mann verlor ferner an die Frau die donatio propter nuptias (S. 889).

b. Justinian bestimmte (Nov. 117, 8 u. 9):

1) Hat der Mann ohne gesetzlichen Grund die Ehe gelöst oder hat er der Frau einen gesetzlichen Grund zum repudium gegeben, so muß er dos und donatio propter nuptias sofort herausgeben. Ist eine Ehe ohne dos und donatio propter nuptias geschlossen, so muß der schuldige Mann der Frau $^1/_4$ seines Vermögens, und wenn der Mann die Frau fälschlich des Ehebruchs beschuldigt oder ihr durch Halten einer Konkubine in der Ehewohnung zur Ehescheidung Veranlassung gegeben hat, ein weiteres Zwölftel seines Vermögens herausgeben, aber nie mehr als 100 Pfund Gold (= 7200 Goldsolidi, S. 60[1], nach damaligem Goldwert etwa 90000 Mk., vom Reichsgericht, ERG. 26, 175 für das Gem. R. auf 67200 Mk. berechnet).

2) Die schuldige Frau verliert die dos und die donatio p. n. und muß mangels solcher $^1/_4$ ihres Vermögens, im Falle des Ehebruchs ein weiteres Zwölftel, aber nicht mehr als 100 Pfund Gold herausgeben.

3) Die Ehescheidungsstrafen erhält der unschuldige Ehegatte, beim Vorhandensein von Kindern jedoch nur zum Nießbrauch, das Eigentum fällt den Kindern zu (C. 5, 17, 8, 7 u. 11, 1 c).

4) Ausschluß der Ehescheidungsstrafen im Ehevertrag ist unzulässig, „ne publica coercitio privata pactione tollatur" (D. 23, 4, 5, pr.).

5) Letztwillige Verfügungen des einen zu Gunsten des anderen Ehegatten gelten im Falle der — wenn auch unverschuldeten — Ehescheidung im Zweifel als widerrufen (separatio dissolvit legatum, D. 32, 49, 6; vgl. D. 34, 2, 3, ähnlich BGB. § 2077).[6])

c. Nachteile der Wiederverheiratung.

1. Poenae secundarum nuptiarum.

Während die lex Iulia et Papia Poppaea die Wiederverheiratung begünstigte, wurde sie in der 4. Periode erschwert, falls aus der ersten Ehe Kinder vorhanden waren (C. 5, 9: De secundis nuptiis).

a. In diesem Falle soll jeder wieder heiratende Ehegatte (parens binūbus) das Eigentum an allen lucra nuptialia der früheren Ehe, d. h. an allem, was er aus dieser als Dos und Eheschenkung sowie auf Grund einer Schenkung oder letztwilligen Verfügung des anderen Ehegatten erhalten hat, an die Kinder der früheren Ehe verlieren und nur den Nießbrauch daran behalten (Nov. 22, 21, 1 u. 22, 26, 1). Der parens binubus darf ferner dem neuen Gatten höchstens so viel zuwenden, als dem schlechtestgestellten Kinde der früheren Ehe (C. 5, 9, 6, Nov. 22, 27 u. 28). Das Mehr fällt an die Kinder der früheren Ehe. Ferner verliert der Ehegatte im Falle der Wiederverheiratung, was ihm unter der Bedingung, im Witwen-

[6]) Die Ehescheidungsstrafen des rR. sind — als Strafen des im Scheidungsprozesse für schuldig erklärten Ehegatten — in das Gem. R. übergegangen. Dagegen kennt das BGB. als Strafe des allein für schuldig erklärten Ehegatten nur die Verpflichtung zur Gewährung von Unterhalt (§§ 1578 ff.); wegen des Erziehungsrechts vgl. § 1635.

stande zu bleiben (indicta viduitate), vermacht worden ist (C. 6, 40, 1, Nov. 22, 43 u. 44).

β. Die wiederheiratende Mutter verliert die Befähigung zur Vormundschaft über ihre Kinder und das Erziehungsrecht (C. 5, 49, 1, Nov. 22, 38) und behält von dem, was sie als Intestaterbin eines Kindes erworben hat, nur den Nießbrauch, während das Eigentum an die übrigen Kinder der früheren Ehe fällt (Nov. 22, 46 u. 47).[7])

2. Vorzeitige Wiederverheiratung.

Die im Trauerjahr (S. 865) heiratende oder ein uneheliches Kind gebärende (Nov. 39, 2) Witwe wird infam, verliert alle lucra nuptialia an die sog. decem personae (des Mannes Vater, Mutter, Großvater, Großmutter, Sohn, Tochter, Enkel, Enkelin, Bruder, Schwester) und in deren Ermangelung an den Fiskus (I. 3, 9, 3, Nov. 22, 22), kann aus letztwilliger Verfügung überhaupt nicht und als gesetzliche Erbin nur von ihren Verwandten bis zum 3. Grad erben und dem neuen Mann höchstens $^1/_3$ ihres Vermögens zuwenden (D. 3, 2, 11—13, C. 5, 9, 1 u. 2, Nov. 22, 22).[8])

---

[7]) Die poenae secundarum nuptiarum sind in das Gem. R. übergegangen, nicht aber in das BGB. Doch muß der wiederheiratende Ehegatte sich vorher mit den Kindern der früheren Ehe auseinandersetzen (§§ 1314, 1669) und die Mutter verliert durch die Wiederverheiratung die elterliche Gewalt (§ 1697).

[8]) Hiervon ist nichts in das BGB. übergegangen; vgl. nur § 1314.

Zweiter Abschnitt. Verwandtschaft
(BGB. §§ 1589—1772).

§ 151. Eheliche Abstammung.

a. Voraussetzungen.

1. Die Geburt, d. h. die Loslösung des Kindes von der Mutter ist ein sichtbarer Akt; die Abstammung von der Mutter ist daher leicht zu beweisen. Dagegen läßt sich die Abstammung von einem bestimmten Manne schwer beweisen. Das rR. hat daher den Beweis der ehelichen Erzeugung durch die Rechtsvermutung (S. 396) erleichtert, daß ein während des Bestehens einer Ehe erzeugtes[1]) Kind als von dem Ehemann erzeugt, also als sein eheliches Kind anzusehen sei (mater semper certa est, pater est, quem nuptiae demonstrant, D. 2, 4, 5). Als in der Ehe erzeugt gilt nach rR. ein Kind, wenn es frühestens am 182. Tage nach der Eheschließung und spätestens am 300. Tage nach Auflösung der Ehe geboren ist[2]).

[1]) Nach BGB. § 1591 gilt jedes nach Eingehung der Ehe geborene (nicht nur wie im rR. das in der Ehe erzeugte) Kind als ehelich, wenn der Mann innerhalb der Empfängniszeit (Anm. 2) der Frau beigewohnt hat. Daß dies geschehen ist, dafür spricht nach § 1591 Abs. 2 eine zweite gesetzliche Vermutung, die aber für die Zeit vor der Ehe nur gilt, wenn der Mann gestorben ist, ohne die Ehelichkeit des Kindes angefochten zu haben.

[2]) Die Empfängniszeit (Konzeptionszeit) dauert also im rR. vom 182. bis 300. Tage vor der Geburt. D. 1, 15, 12 sagt: Septimo mense nasci perfectum partum iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis; et ideo cre-

2. Die für die Ehelichkeit (Legitimität) eines in der Ehe erzeugten Kindes sprechende Vermutung ist aber nur eine praesumtio iuris und kann daher (S. 396) durch den Nachweis, daß die Erzeugung durch den Ehemann (z.B. wegen Abwesenheit oder Impotenz, D. 1, 6, 6) unmöglich ist, widerlegt werden (BGB. § 1591 S. 2), nicht aber durch den bloßen Nachweis eines Ehebruchs der Frau innerhalb der Konzeptionszeit (D. 48, 5, 12, 9). Die Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes (heute actio de paternitate negativa, Illegitimitätsklage genannt)[3] kann grundsätzlich nur durch den vermutlichen Vater erfolgen, erst nach seinem Tode auch von anderen Interessenten (l. 1 §§ 6, 12, 16, ll. 2, 3 D. 25, 3: De agnoscendis et alendis liberis vel parentibus vel patronis vel libertis).[4] Umgekehrt kann das Kind (mit einer actio de liberis agnoscendis et alendis, heute actio de filiatione genannt) auf Anerkennung seiner Ehelichkeit klagen; ebenso seine Mutter (mit der actio de partu agnoscendo).

3. Nach einem SC. Plancianum aus der Zeit vor Hadrian (D. 25, 3, 3, 1) soll eine geschiedene Frau, die schwanger zu sein behauptet, zwecks Verhinderung der Unterschiebung oder Unterschlagung eines Kindes dies binnen 30 Tagen seit der Scheidung dem Mann anzeigen. Versäumt sie die rechtzeitige Anzeige, so fällt die Vermutung für die Ehelichkeit des Kindes fort; macht sie die Anzeige

---

dendum est eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse. Das würde nach der römischen Berechnung des Monats zu dreißig Tagen (S. 353) den 181. Tag ergeben. In D. 38, 16, 3, 12 ist aber ausdrücklich der 182. Tag für maßgebend erklärt. Dagegen gilt nach BGB. § 1592 als Empfängniszeit die Zeit vom 181. bis 302. Tage vor dem Tage der Geburt (auch bei außerehelicher Geburt, § 1717 Abs. 2).

[3]) Die Anerkennung der Ehelichkeit geschah ehemals durch Aufnehmen des dem Vater vor die Füße gelegten neugeborenen Kindes (tollere filium).

[4]) Ähnlich BGB. § 1593. Nach § 1594 kann der Mann die Ehelichkeit nur binnen Jahresfrist seit Kenntnis der Geburt anfechten. Das Verfahren dieser sog. Illegitimitätsklage ist dem Verfahren in Ehesachen nachgebildet (CPO. §§ 640 ff.).

rechtzeitig, so kann der Ehemann custodes partus zur Verhütung einer Unterschiebung bestellen (D. 25, 3, 1). Tut er weder dies, noch leugnet er, daß die Frau von ihm schwanger sei, so muß er das Kind anerkennen, falls er nicht die Unmöglichkeit seiner Vaterschaft beweist (D. 25, 3, 1, 4). Nach einem Reskript von M. Aurel und L. Verus (divi fratres, D. 25, 4, 1) muß sich ferner die geschiedene Frau, deren Schwangerschaft der Mann behauptet, im Hause einer ehrbaren Frau von drei Hebammen untersuchen und falls sie schwanger befunden wird, Beaufsichtigung durch den Mann gefallen lassen (edictum de inspiciendo ventre custodiendoque partu).

4. Den ehelich geborenen (in der Ehe erzeugten) Kindern stehen die durch Legitimation ehelich gewordenen gleich (unten § 153b). Als per subsequens matrimonium legitimiert (nicht als ehelich, wie nach BGB., Anm. 1) gelten auch die vor der Ehe von dem späteren Ehemann erzeugten, aber erst nach der Eheschließung geborenen Kinder (C. 5, 27, 11, Nov. 89, 8).[5])

b. Wirkungen der ehelichen Abstammung.

Die eheliche Abstammung begründet in der Regel die väterliche Gewalt, welche ihrerseits wieder bedeutsame Rechtswirkungen nach sich zieht (agnatio, S. 218). Hierüber ist in § 152 zu sprechen. Hier handelt es sich um die Rechtsbeziehungen zwischen Ascendenten und Descendenten, die unmittelbar auf der Abstammung beruhen, auf der Gemeinschaft des Blutes (cognatio, S. 220), ohne Rücksicht auf ein etwa bestehendes Gewaltverhältnis.

1. Das eheliche Kind erhält den Familiennamen des Vaters[6]).

---

[5]) Nach kanon. R. und BGB. §§ 1699 ff. haben auch die Kinder aus ungültigen Ehen die Rechte der ehelichen, wenn die Ungültigkeit nicht beiden Ehegatten bei der Eheschließung bekannt war (Putativehe).

[6]) Vgl. BGB. § 1616. Die Namen der Römer setzten sich aus dem praenomen (Vorname, zB. Marcus), nomen (Namen der Gens, zB. Porcius) und cognomen (Namen der Familie,

2. Die Kinder sind den Ascendenten gegenüber zu besonderer Pietät verpflichtet (D. 37, 15: De obsequiis parentibus et patronis praestandis). Abkömmlinge sollen ihre Vorfahren daher nicht ohne Erlaubnis des Gerichts verklagen (in ius vocare, D. 2, 4, 4, 1), widrigenfalls sie einer Privatstrafe von 50 aurei unterliegen (D. 2, 4, 24). Kinder sollen ferner gegen ihre Eltern keine auf Dolus gestützte Klage (D. 4, 3, 11, 1) sowie keine actio famosa anstellen[7]) und von ihnen nicht den Gefährdeeid (iusiurandum calumniae) verlangen dürfen (D. 37, 15, 7, 3).

3. Das Erziehungsrecht steht an sich dem Vater (S. 904), nach seinem Tode (C. 5, 49, 1) und kraft richterlicher Übertragung unter Umständen (zB. wenn der Mann die Ehescheidung verschuldet hat oder liederlich ist, Nov. 117, 7, D. 43, 30, 1, 3) schon vorher der Mutter zu, falls diese nicht anderweit verheiratet ist (Nov. 22, 38; vgl. BGB. §§ 1634, 1684 ff.). Die dem Vater zustehenden Rechtsbehelfe auf Herausgabe eines Kindes (interdicta de liberis exhibendis et ducendis, S. 645[1]) wurden daher auch der die Erziehung führenden Mutter gewährt.

4. Ascendenten und Descendenten sind einander zu wechselseitigem Unterhalt verpflichtet[8]) und Eltern haben

---

zB. Cato) zusammen, wozu häufig noch ein agnomen (Beiname, zB. Censorius) trat.

Die Namensänderung war nach C. 9, 25, 1 ohne weiteres gestattet, während es heute obrigkeitlicher Genehmigung bedarf.

[7]) Vgl. D. 37, 15, 5 ff. Ähnlich dem Gebot „Du sollst Vater und Mutter ehren" sagt D. 37, 15, 1, 2: Si filius matrem aut patrem, quos venerari oportet, contumeliis adficit vel impias manus eis infert, praefectus urbis delictum ad publicam pietatem pertinens pro modo eius vindicat.

[8]) D. 25, 3: De agnoscendis et alendis liberis, C. 5, 25: De alendis liberis; vgl. BGB. §§ 1601 ff.

Vorausgesetzt ist Bedürftigkeit des Klägers, die dieser zu beweisen hat, und Vermögenszulänglichkeit des Beklagten (C. 5, 25, 2). Der Beweis der letzteren liegt aber nach richtiger Ansicht (ebenso BGB. § 1603 Abs. 1) nicht dem Kläger ob; vielmehr hat der Beklagte zu beweisen, daß er ohne Gefährdung des eigenen Unterhalts zur Unterhaltung des Klägers nicht imstande ist.

gegen die Kinder (nicht auch umgekehrt) das beneficium competentiae (D. 42, 1, 16 u. 17; S. 469). Grobe Verletzung der Verwandtenpflicht beseitigt den Unterhaltsanspruch (D. 25, 3, 5, 11, C. 5, 25, 4). Der Erbe des Verpflichteten haftet nur bei äußerster Armut des Bedürftigen (D. 25, 3, 5, 17).

5. Über das Ruhen der Verjährung unter Verwandten vgl. S. 366, über die Verwandtschaft als Ehehindernis S. 863, über das Erfordernis der Zustimmung der Eltern zur Eheschließung S. 863, über ihre Dotationspflicht S. 874.

6. Auf der Verwandtschaft beruht das Intestaterbrecht und das Pflichtteilsrecht; hierüber ist im Erbrecht zu sprechen (unten §§ 159, 171).

§ 152. Väterliche Gewalt.

Wie schon S. 154 und 218 dargelegt, unterlagen nach älterem rR. alle zu einem Hause gehörenden Personen und Sachen der Hausgewalt des pater familias, insbesondere unterstanden die Kinder in persönlicher und vermögensrechtlicher Beziehung der patria potestas ihres Vaters und, falls dieser selbst noch hausabhängig (alieni iuris), also noch nicht pater familias war, ihres Großvaters (I. 1, 9, 3). Später traten in beiden Beziehungen Abschwächungen ein[1]).

a. Entstehung der väterlichen Gewalt.

Die väterliche Gewalt beruht regelmäßig auf der Abstammung. Aber einerseits treten nicht alle Kinder unter die väterliche Gewalt ihres Vaters oder Großvaters (unten 1), andererseits wird die väterliche Gewalt nicht bloß durch die Abstammung, sondern auch noch durch andere Ereignisse begründet (unten 2).

---

[1]) I. 1, 9, C. 8, 46: De patria potestate; D. 1, 6: De his qui sui vel alieni iuris sunt.

1. Entſtehung durch Abſtammung.

α. Die patria potestas iſt ein dem ius civile eigentümliches Rechtsinſtitut gleich der darauf beruhenden agnatio (S. 218; G. 1, 55). Es erwirbt ſie daher grundſätzlich nur ein römiſcher Bürger über ſeine in matrimonio legitimo (S. 861) — gleichgültig ob mit oder ohne manus — erzeugten Kinder. Da eine ſolche Ehe nur zwiſchen Perſonen möglich iſt, die des connubium (S. 215) teilhaftig ſind, ſo wird die väterliche Gewalt — bis zur lex Antoniniana de civitate, die allen freien Reichseinwohnern das volle Bürgerrecht verlieh (S. 213) — nicht begründet, wenn ein civis Romanus eine Latina oder peregrina, oder ein Latine oder Peregrine eine civis Romana geheiratet hatte. In einzelnen Fällen (vgl. S. 217[10]) wird allerdings mit dem ſpäteren Erwerb der Civität auch die patria potestas begründet, nämlich:

a. durch das ius Latii (S. 216);

b. durch Verleihung der Civität, ſofern dem neuen Bürger die patria potestas über ſeine ſchon vorhandenen Kinder mit verliehen wird;

c. durch anniculi causae probatio (G. 1, 29 ff.). Nach der lex Aelia Sentia (S. 210[6]) werden gewiſſe Freigelaſſene (nämlich ſolche, die vor erreichtem 30. Lebensjahr ohne vorherige Prüfung der Veranlaſſung durch eine beſondere Kommiſſion — causae probatio apud consilium — freigelaſſen waren) nur Latini. Heiratet nun ein ſolcher Latinus eine civis Romana oder Latina und erklärt er hierbei vor 7 mündigen römiſchen Bürgern, daß er die ſpätere Erlangung der Civität erſtrebe, ſo kann er, ſobald aus dieſer Ehe ein ein Jahr altes Kind (anniculus) vorhanden iſt, beim Prätor oder praeses provinciae um Verleihung der Civität nachſuchen. Dieſe iſt ihm nebſt Frau und Kind nach Feſtſtellung der Vorausſetzungen zu erteilen (ſog. causae probatio ex lege Aelia Sentia per anniculum) und damit erlangt er auch die patria potestas über das Kind;

d. durch erroris causae probatio (G. 1, 67 ff.). Hatte ein civis Romanus eine Nichtbürgerin in der irrigen

Meinung, sie sei civis Romana geheiratet (oder umgekehrt), so kann er nach einem Senatsbeschluß nach der Geburt eines Kindes vor dem Prätor oder dem praeses provinciae „erroris causam probare". Erkennt die Behörde den Irrtum an, so erlangt der Eheteil, der nicht Bürger war, und sein Kind das Bürgerrecht, und damit entsteht auch die patria potestas.

β. Uneheliche Kinder haben im Rechtssinne keinen Vater. Ihr Erzeuger erlangt über sie also zunächst keinenfalls die patria potestas. Nach späterem rR. können aber Konkubinenkinder (S. 589[2]) durch sog. Legitimation die Stellung ehelicher Kinder erhalten und ihr Erzeuger erlangt alsdann die patria potestas über sie, aber nur mit ihrem Einverständnis (unten § 153 b).

2. Rechtsgeschäftliche Entstehung der patria potestas.

Rechtsgeschäftlich wird die väterliche Gewalt begründet durch arrogatio und adoptio (unten § 154).

b. Inhalt der väterlichen Gewalt.

1. Persönlicher Inhalt.

Kraft der patria potestas hat der Gewalthaber (vgl. S. 219):

α. das ius exponendi, das aber schon in ältester Zeit dahin beschränkt wurde, daß nur Monstra, Krüppel und Töchter (außer der erstgeborenen) unter Zustimmung von 5 Nachbarn ausgesetzt werden durften. Erst in der späteren Kaiserzeit wurde die Aussetzung völlig verboten und für strafbar erklärt (C. 8, 51, 2; 9, 16, 7; vgl. StGB. § 221);

β. das ius vitae ac necis. Die Herrschaft des pater familias über Leben und Tod der Hausgenossen, die ehemals nur an die Zuziehung eines consilium propinquorum oder amicorum gebunden war und noch zur Zeit Hadrians bestand (D. 48, 9, 5), wurde später zu einem bloßen Züchtigungsrecht abgeschwächt, wobei die Obrigkeit auf Antrag eines Beteiligten im Verwaltungswege (extra

ordinem) einzugreifen hatte (C. 8, 46, 3). Konstantin bestrafte die Tötung eines Kindes als parricidium (C. 9, 17, 1). Die actio iniuriarum kann ein Hauskind niemals gegen den pater familias anstellen (D. 47, 10, 7, 3);

γ. das ius vendendi. Ursprünglich konnte der Gewalthaber seine Hauskinder wie Sklaven zwecks Erlangung des Kaufpreises verkaufen[3]). Dies geschah durch mancipatio und brachte die Kinder in das mancipium (S. 219) des Käufers. Später geschah der Verkauf nur zwecks noxae deditio, die bezüglich der Hauskinder erst durch Justinian beseitigt wurde (S. 668[24]) und ferner dicis causa als Rechtsform, indem die Manzipation an einen Fremden dazu benutzt wurde, um das Kind aus dem bisherigen Hausverbande loszulösen (S. 158), also vor allem zur Herbeiführung der Emanzipation (S. 910) und zwecks Adoption (unten § 154). Ein wirklicher Verkauf neugeborener Kinder (sanguinolenti) ist aber noch unter Konstantin gestattet worden, jedoch nur propter nimiam paupertatem (C. 4, 43, 2).

Wird dem Vater ein Hauskind von einem Dritten vorenthalten, so kann er es anfänglich mit einer vindicatio filii s. in potestatem (D. 6, 1, 1, 2) herausverlangen. Später wird ihm ein interdictum de liberis exhibendis gegeben, mit welchem er die Vorweisung des Kindes erzwingen kann. Wird er an der Mitnahme des ihm vorgeführten Kindes verhindert, so wird ihm ein (prohibitorisches) interdictum de liberis ducendis gewährt (D. 43, 30, C. 8, 8). Gegen die Mutter versagen diese Rechtsbehelfe, wenn ihr das Erziehungsrecht zusteht (D. 43, 30, 1, 3; S. 900).

Ist der status familiae einer Person streitig, behauptet jemand also, über einen Anderen die patria potestas zu

---

[3]) Das beweist der Satz der 12 Tafeln: si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto (S. 910), wonach bei dreimaligem Verkauf der Vater zur Strafe die patria potestas endgültig verlieren sollte. Erst später wurde diese Strafbestimmung zur Schaffung einer Rechtsform für die Emanzipation umgebildet (S. 158).

haben, was dieser bestreitet, so wird hierüber, wie über Libertät und Ingenuität (S. 206 [2]), im Civilprozesse durch ein praeiudicium entschieden (D. 6, 1, 1, 2). Das Kind, das sui iuris zu sein behauptet, hat hierfür die Beweislast (D. 22, 3, 8).

Über den Wohnsitz der Hauskinder vgl. S. 231, über das Erfordernis der Zustimmung des pater familias zur Eheschließung des Hauskindes, S. 863; über sein Recht zur Bestellung eines Vormundes vgl. S. 922, eines Erben (Pupillarsubstitution) § 166 e 3.

2. Vermögensrechtlicher Inhalt.

Nach rR. wurde die Geschäftsfähigkeit einer Person durch die Tatsache, daß sie alieni iuris war, in keiner Weise beeinträchtigt (von der Darlehnsaufnahme abgesehen, S. 589), wohl aber ihre Vermögensfähigkeit.

Nach älterem rR. konnte ein Hauskind überhaupt kein Vermögen haben; was es erwarb, wurde von selbst Vermögen des Vaters [2a]). Daher waren Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Hauskind, sowie zwischen Hauskindern desselben Hauses rechtlich unwirksam (vgl. jedoch S. 472). [3])

Der Grundsatz der Vermögensunfähigkeit der Hauskinder wurde jedoch in der späteren Entwickelung vielfach durchbrochen.

a. Schon früh wurde es üblich, daß der Vater dem erwachsenen Hausſohn einen Vermögensteil (peculium, ge-

---

[2a]) G. 2, 87: Igitur quod liberi nostri quos in potestate habemus, item quod servi nostri mancipio accipiunt vel ex traditione nanciscunter, sive quid stipulentur, vel ex aliqualibet causa adquirunt, id nobis adquiritur: ipse enim, qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest; et ideo si heres institutus sit, nisi nostro iussu hereditatem adire non potest; et si iubentibus nobis adierit, hereditas nobis adquiritur proinde atque si nos ipsi heredes instituti essemus; et convenienter scilicet legatum per eos nobis adquiritur.

[3]) Früher führte man die Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte zwischen Hausgenossen auf eine zwischen diesen bestehende „unitas personae“ in vermögensrechtlicher Beziehung zurück; vgl. I. 3, 19, 4 und C. 6, 26, 11, 1.

meinrechtlich peculium profecticium) zur eigenen Verwaltung überließ (S. 339). Dann blieb das peculium zwar nach wie vor Eigentum des Vaters, der es jederzeit zurücknehmen konnte (D. 15, 1, 8) und an den es beim Aufhören der väterlichen Gewalt von selbst zurückfiel[4]). Aber das Hauskind hatte doch darüber — mindestens wenn der Vater ihm die libera administratio eingeräumt hatte (D. 15, 1, 7, 1) — die freie Verwaltung; nur konnte es keine Schenkungen vornehmen. Die vom Kinde eingegangenen Schulden belasteten nicht nur das Kind persönlich — was bei dessen ursprünglicher Vermögensunfähigkeit praktisch bedeutungslos war — sondern daneben bis zur Höhe des peculium auch den Hausherrn (actiones adiecticiae qualitatis de peculio und tributoria, S. 339). Das peculium konnte ferner durch Rechtsgeschäfte zwischen Hauskind und Hausvater vermehrt und vermindert werden. Solche Rechtsgeschäfte waren nunmehr also nicht mehr unwirksam, aber doch nicht klagbar, daher bloße Naturalobligationen (S. 472); denn rechtlich war das peculium immer noch Vermögen des Hausherrn.

β. Wirklich vermögensfähig wurde das Hauskind erst seit Augustus. Seither durfte das Hauskind nämlich über seinen Erwerb im Kriegsdienste (peculium castrense) durch Testament verfügen (I. 2, 12, pr.), und bald galt dieser Erwerb als überhaupt im freien Eigentum des Hauskindes stehend (D. 14, 6, 2), das darüber unter Lebenden wie von Todes wegen ohne Mitwirkung des Vaters verfügen, also auch mit diesem oder einem anderen Hauskinde vollgültige Rechtsgeschäfte abschließen durfte. In ähnlicher Weise

---

[4]) Es verbleibt dem Kinde jedoch als patrimonium, sofern es bei der Emanzipation (S. 910) nicht zurückbehalten wird (D. 15, 1, 53), und ferner, wenn das Vermögen des Vaters wegen Schulden vom Fiskus beschlagnahmt wird (separatio peculii ex constitutione Claudii; D. 4, 4, 3, 4 und 7).

Schenkungen des Gewalthabers an das Hauskind sind nichtig. Sie konvaleszieren aber, wenn sie bei der Emanzipation nicht zurückgenommen (C. 8, 53, 11) oder bis zum Tode des Hausvaters nicht widerrufen werden (C. 5, 16, 25, pr.).

wurde auch das Vermögen behandelt, welches das Hauskind als Beamter, Advokat oder Geistlicher oder durch Schenkung seitens des Regenten oder dessen Gattin erwarb (peculium quasi castrense).[5])

γ. Seit Konstantin wurde die Vermögensfähigkeit der Hauskinder weiter entwickelt. Seither erhielt der Vater an demjenigen, was das Kind von der Mutter (bona materna) oder deren Verwandten (bona materni generis) oder als lucra nuptialia (S. 895) erwarb, nur Verwaltung und Nutznießung während des Bestehens der patria potestas; das Eigentum daran fiel dagegen dem Hauskinde selbst zu, aber ohne das Recht, darüber von Todes wegen zu verfügen (C. 6, 60 u. 61, Nov. 118, 2). Zur Veräußerung und Belastung bedurfte es daher des Zusammenwirkens von Vater und Kind und, wenn dieses minderjährig war, eines Pflegers (C. 6, 61, 8, 4 u. 5).[5a]) Diese im Eigentum des Kindes stehenden, aber der Verwaltung und der Nutznießung des Vaters unterworfenen Vermögensteile faßte man später unter dem Namen bona adventicia regularia (unfreies

[5]) D. 49, 17: De castrensi peculio; C. 12, 36. Als peculium castrense gilt: das dem Kinde zur militärischen Ausrüstung Gegebene, das aus Anlaß des Dienstes Erworbene (D. 49, 17, 11), das ihm von seinen Kommilitonen letztwillig Zugewendete (D. 49, 17, 5), ferner die Erbschaft infolge Testaments seiner Frau (D. 49, 17, 13).

Im Gegensatze zum peculium castrense und quasi castrense wird das sonstige, vom Vater stammende peculium auch peculium paganum genannt (C. 3, 28, 37, 1).

[5a]) Der „Dispositionsnießbrauch" (S. 804[4]) des Vaters am Adventizgut des Kindes ist ausgedehnter, als der gewöhnliche Nießbrauch (S. 806). Der Vater ist von der Leistung der cautio usufructuaria und von der Rechnungslegung befreit (C. 6, 61, 8, 4 d). Veräußern darf er grundsätzlich nicht, außer zur Berichtigung der Schulden des Kindes und in Fällen der Not, um das Vermögen des Kindes vor Verlust zu bewahren (C. 6, 61, 8, 4 u. 5). Andererseits haftet der Vater wegen Verschuldung (C. 6, 60, 1). Über die gesetzliche Generalhypothek des Kindes am Vermögen des Vaters wegen des mütterlichen Adventizgutes vgl. S. 834.

Wird ein dem Kinde angefallener Erwerb (zB Erbschaft oder Vermächtnis) von ihm zurückgewiesen, so kann der Vater diesen Erwerb zu vollem Recht für sich beanspruchen (C. 6, 61, 8).

Kindesgut) zusammen, im Gegensatze zu den bona adventicia irregularia (freies Kindesgut) bei denen dem Vater nicht einmal Verwaltung und Nutznießung zustand, sodaß das volljährige Hauskind darüber die freie Verfügung — unter Lebenden, jedoch nicht von Todes wegen — hatte, während für das minderjährige ein Pfleger zu bestellen war. Zu ihnen gehörte, was das Hauskind erwarb:

a. gegen den Willen des Hausherrn (C. 6, 61, 8, 1);

b. durch die Zuwendung eines Dritten unter Ausschluß der Verwaltung und Nutznießung des Hausherrn (Nov. 117, 1);

c. durch Beerbung eines anderen Hauskinds neben dem Vater (Nov. 118, 2).

δ. Hiernach ist das Ergebnis der römischen Rechtsentwickelung:

Was aus dem Vermögen des Vaters stammt (peculium profecticium), bleibt in dessen Eigentum und wird vom Kinde nur verwaltet. Was anderweit vom Kind erworben (peculium castrense, quasi castrense) oder ihm von dritten zugewendet wird (bona adventicia), wird Eigentum des Kindes; der Hausvater kann daran bestenfalls Verwaltung und Nutznießung haben. Auch diese Rechte hat er nur an den bona adventicia regularia, nicht aber hinsichtlich des peculium castrense und quasi castrense sowie der bona adventicia irregularia. An den letzteren Vermögensmassen hat der Hausvater also keinerlei Rechte; das mündige Hauskind hat darüber die alleinige Verfügungsbefugnis, nur kann es über die bona adventicia nicht letztwillig verfügen (wohl aber über das peculium castrense und quasi castrense).[6])

Über die Beerbung der Hauskinder vgl. unten § 159 b 1.

---

[6]) a. Die eben dargestellten Sätze des jüngsten rR. sind Gemeines Recht geworden, freilich mit einigen wichtigen Änderungen.

1. Keine Aufnahme hat das peculium profecticium gefunden.

2. Was ein Hauskind erwirbt, erwirbt es grundsätzlich für sich. In seinem Vermögen lassen sich zwei Bestandteile unterscheiden:

α. das nichtfreie Kindesvermögen, an dem der Vater für die Dauer der väterlichen Gewalt Verwaltung und Nutznießung hat (die bona adventicia irregularia des rR.);

c. Endigung der väterlichen Gewalt.

Die väterliche Gewalt endet (I. 1, 12, D. 1, 7, C. 8, 48, G. 1, 124ff.):

1. durch den Tod (sowie jede capitis diminutio) des Gewalthabers. Dadurch werden aber nur seine Söhne

---

β. das freie Kindesvermögen, woran der Vater als solcher keinerlei Rechte (insbesondere keine Nutznießung hat), welches er vielmehr nur als gesetzlicher Vertreter seiner minderjährigen Kinder bis zu ihrer Volljährigkeit gleich einem Vormunde verwaltet (das peculium castrense und quasi castrense und die bona adventicia irregularia des rR.).

b. Eine durchgreifende Umgestaltung hat dieses Rechtsgebiet durch das Bürgerliche Gesetzbuch erhalten:

1. Des BGB. spricht nicht mehr von väterlicher, sondern von elterlicher Gewalt, denn es erkennt neben der „elterlichen Gewalt" des Vaters (§§ 1627—1683) eine zwar nur aushülfsweise (§ 1684), insbesondere nach dem Tode des Vaters eintretende, aber ihr sonst gleichgeordnete „elterliche Gewalt der Mutter" an, die sich insbesondere, und hierin liegt eine wichtige Änderung des bisherigen Rechts, auch auf das Vermögen der Kinder erstreckt (§§ 1684—1698). Nur kann der Mutter ein Beistand bestellt werden (§§ 1687 ff.), und die Mutter verliert die elterliche Gewalt durch Eingehung einer neuen Ehe (§ 1697).

2. Die elterliche Gewalt endet mit der Volljährigkeit des Kindes (§ 1626). Es gibt keine volljährigen Hauskinder mehr und das BGB. enthält daher keine Vorschriften über die Emanzipation (S. 911[7]). Die elterliche Gewalt ruht (§§ 1676 ff.), wenn ihr Träger geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt oder an der Ausübung der elterlichen Gewalt auf längere Zeit tatsächlich verhindert ist; sie wird verwirkt durch Bestrafung des Trägers wegen eines Verbrechens oder Vergehens gegen das Kind (§ 1680).

3. Kraft der elterlichen Gewalt hat der Träger die Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes (§ 1627). Bei dem Vermögen hat der Vater (oder die Mutter):

α. die Verwaltung; ausgenommen sind nur Zuwendungen an das Kind, welche unter Ausschluß der elterlichen Verwaltung erfolgt sind (§ 1638);

β. die Nutznießung; von dieser sind jedoch ausgeschlossen (freies Vermögen, §§ 1650 ff.):

a. das ausdrücklich zum persönlichen Gebrauche des Kindes Bestimmte;

b. das vom Kinde durch Arbeit Erworbene;

c. das dem Kinde unter Ausschließung des Nutznießungsrechts der Eltern von dritten Zugewendete.

und Töchter sui iuris; die bisher der Gewalt des Großvaters unterworfenen Kinder des Sohnes treten unter dessen patria potestas (I. 1, 12, pr.);

2. durch Erlangung gewisser hoher Würden seitens des Kindes (ehemals der Würde einer virgo Vestalis oder des flamen Dialis, später zB. der Bischofswürde, der Präfektur, des Patriziats, I. 1, 12, 4, C. 8, 51, 2);

3. zur Strafe des Vaters (Verwirkung, vgl. BGB. § 1680) bei Aussetzung oder Verkuppelung des Kindes (C. 11, 41, 6) oder Eingehung einer incestuosen (S. 864[10]) Ehe (Nov. 12, 2);

4. durch Entlassung (emancipatio). Die patria potestas dauerte grundsätzlich bis zum Tode des Vaters, auch während der Volljährigkeit der Kinder und bei Töchtern — sofern sie nicht eine Manusehe eingehen — auch nach ihrer Verheiratung. Es besteht jedoch die Möglichkeit einer früheren Beendigung der väterlichen Gewalt durch Rechtsgeschäft. Die Entlassung steht aber grundsätzlich (D. 1, 7, 31, vgl. jedoch zB. D. 1, 7, 32, pr.; 37, 12, 5; 35, 1, 92) im freien Belieben des pater familias; das Hauskind kann sie weder beanspruchen noch bedarf sie seiner Zustimmung.

α. Hierzu diente anfänglich der Satz der 12 Tafeln: si pater filium ter venumduit, filius a patre liber esto (S. 102), indem aus diesem ursprünglich zur Verhinderung eines Mißbrauchs des ius vendendi gegebenen Satze (S. 904) eine Rechtsform für die Entlassung geschaffen wurde. Hierbei (vgl. G. 1, 132) wird das Hauskind zum Schein in das mancipium eines Anderen gegeben. Dieser läßt es — einem der mancipatio zugefügten pactum fiduciae (S. 158) entsprechend — vindicta (S. 208) frei. Haustöchter und Enkel sind schon hierdurch von der väterlichen Gewalt befreit, bei Haussöhnen bedarf es wegen des erwähnten Satzes der 12 Tafeln einer dreimaligen Manzipation und Freilassung, indem sie nach den ersten beiden Freilassungen wieder unter die patria potestas zurückfallen. Mit jeder Manzipation und Freilassung erleidet das Kind eine capitis diminutio minima, verliert also seine Agnation auch zu seinen eigenen Kindern, falls sie an der Emanzipation ihres Vaters nicht

teilnehmen. Da der Freilassende ein Quasipatronat (S. 212) über den Emanzipierten und dabei ein Intestaterbrecht an seinem Vermögen erhielt (S. 212), so ließ der Hausvater das Kind regelmäßig sich selbst remanzipieren und ließ es dann frei (parens manumissor, im Gegensatze zum extraneus manumissor).

β. Durch Kaiser Anastasius wird 502 n. Chr. die emancipatio per rescriptum principis (sog. emancipatio Anastasiana, C. 8, 48, 5) geschaffen, welche eine capitis diminutio minima und damit den Verlust der bisherigen Agnationsrechte (S. 222) herbeiführt, wenn diese nicht besonders vorbehalten werden.

γ. Justinian endlich beseitigte (C. 8, 48, 6) die zu α erwähnte Emanzipation und stellte neben die emancipatio Anastasiana eine Entlassung durch Erklärung vor dem Richter in Gegenwart des Kindes (sog. emancipatio Iustinianea).

δ. Mit der Emanzipation verliert der Vater Nießbrauch und Verwaltung an den bona adventicia regularia (S. 907). Er behält jedoch als praemium emancipationis seit Konstantin ein Drittel der bona adventicia regularia zu Eigentum, nach Justinian die Hälfte, aber nur zu Nießbrauch (I. 2, 9, 2, C. 6, 61, 6, 3).

ε. Wegen Undankbarkeit der Kinder kann ihre Entlassung widerrufen werden (C. 8, 49, 1).[7])

5. Über Endigung der väterlichen Gewalt infolge der Adoption des Kindes vgl. S. 918.

---

[7]) Die beiden Entlassungsformen des späteren rR. wurden in Deutschland selten angewendet. Vielmehr erhielt sich aus dem deutschen Rechte der Gedanke, daß die väterliche Gewalt endet: mit der wirtschaftlichen Unabhängigkeit der Söhne, die sich hauptsächlich in der Errichtung eines eigenen Haushalts zeigt (separata oeconomia), und mit der Verheiratung der Töchter (sog. emancipatio tacita s. iuris Germanici s. Saxonica, vgl. D. § 92 d).

Das BGB., nach dem die elterliche Gewalt nur während der Minderjährigkeit der Kinder besteht (§ 1626, S. 909[6]), enthält keine Vorschriften über die Emanzipation.

§ 153. Uneheliche Kinder.

a. Rechtsstellung[1]).

Nach altrömischem Rechte galten uneheliche Kinder als Kinder ohne Vater. Sie hatten also keinerlei Ansprüche gegen den Erzeuger[2]). In einem Verwandtschaftsverhältnisse standen sie ausschließlich zu ihrer Mutter und zwar nur in einem kognatischen. Solange daher das Erbrecht sich auf agnatischer Grundlage aufbaute, also nach ius civile (S. 160), hatten sie ein gesetzliches Erbrecht nicht einmal der Mutter und deren Verwandten gegenüber. Dies änderte sich erst unter dem Einflusse des auf der Blutsverwandtschaft beruhenden ius gentium (D. 38, 8, 4 u. 8).

Im späteren Rechte, nach Anerkennung des Konkubinats (S. 859[2]), stellte man die einem solchen entsprungenen liberi naturales den einer nicht dauernden Geschlechtsverbindung entstammenden spurii oder vulgo quaesiti gegenüber. Nach justinianischem Rechte (Nov. 89) haben die letzteren ein Erbrecht und einen Unterhaltsanspruch nur gegen ihre Mutter und deren Verwandte und auch diese Rechte nicht, wenn sie „ex damnato coitu procreati", d. h. im Inzest (incestuosi) oder Ehebruch (adulterini) erzeugt sind. Die liberi naturales (Konkubinenkinder) haben dagegen einen Unterhaltsanspruch gegen ihren Erzeuger und, falls dieser keine Ehefrau und keine ehelichen Kinder hinterläßt, mit ihrer Mutter ein gesetzliches Erbrecht auf $^1/_6$ seines Nachlasses. Testamentarisch konnte ihnen der Vater, wenn er eheliche Nachkommen hinterließ, höchstens $^1/_{12}$ des Nachlasses zuwenden (C. 5, 27, 2 u. 8, ein Fall beschränkter Kapazität, S. 940).[3])

---

[1]) C. 5, 27: De naturalibus liberis et matribus eorum et ex quibus casibus iusti efficiuntur.

[2]) Ähnlich wie es noch im heutigen französischen Recht heißt: la récherche de la paternité est interdite.

[3]) Im Gem. R., das den concubinatus nicht rezipierte (S. 859[2]), wurden die nach rR. nur den Konkubinenkindern zustehenden Rechte allen unehelichen Kindern gewährt.

Nach BGB. hat das uneheliche Kind im Verhältnisse zur Mutter und zu deren Verwandten die Stellung eines ehelichen Kindes

b. Legitimation unehelicher Kinder.

1. Legitimation ist der Rechtsvorgang, durch den uneheliche Kinder die Rechtsstellung der ehelichen erlangen. Sie kann nach rR. erfolgen als:

α. Legitimatio per subsequens matrimonium, d. h. heiratet jemand seine Konkubine, so gelten die mit ihr erzeugten liberi naturales als eheliche Kinder (Justinian in C. 5, 27, 8—11, Nov. 74 u. 89, 8).

β. Legitimatio per rescriptum principis, d. h. als Gnadenakt durch Reskript des Kaisers auf Antrag des Vaters und falls dieser in seinem Testament das Kind zum Erben eingesetzt und seine Legitimierung erbeten hatte, auf Antrag des Kindes (sog. legitimatio per testamentum). Auch diese Legitimationsart bezieht sich nur auf Konkubinenkinder und setzt voraus, daß die Ehe mit der Mutter unmöglich oder unpassend ist und daß der Vater keine ehelichen Kinder hat (Nov. 74, 1 u. 2; 89, 9 u. 10).

γ. Legitimatio per oblationem curiae. Sie wird — um dem wegen der Haftung für die Steuern unbeliebten Stande der Dekurionen neue Mitglieder zuzuführen, S. 90 — dadurch herbeigeführt, daß der Vater seinen unehelichen Sohn decurio werden läßt oder seine uneheliche Tochter mit einem decurio verheiratet. Diese Legitimationsart ist bei allen unehelichen Kindern zulässig, aber nur mangels ehelicher Descendenz (C. 5, 27, 3 u. 4, sowie 9, Nov. 89, 2—4).

(§ 1705); nur hat die uneheliche Mutter nicht die elterliche Gewalt (§ 1707). Als Vater des unehelichen Kindes gilt, wer der Mutter innerhalb der Empfängniszeit (vom 181. bis 302. Tage vor der Geburt, S. 898[3]) beigewohnt hat, es sei denn, daß es offenbar unmöglich ist, daß das Kind dieser Beiwohnung entsprungen ist oder daß noch ein Anderer der Mutter in dieser Zeit beigewohnt hat (sog. exceptio plurium sc. concumbentium oder constupratorum; § 1717). Der uneheliche Vater ist zur Alimentation des Kindes grundsätzlich bis zu dessen vollendetem 16. Lebensjahre, bei Erwerbsunfähigkeit des Kindes auch fernerhin verpflichtet (§ 1708); dagegen hat das Kind gegen den unehelichen Vater kein Intestaterbrecht mehr.

2. Die legitimierten Kinder erhalten die Rechtsstellung ehelicher; sie treten aber nur mit ihrer Einwilligung unter die väterliche Gewalt ihres Erzeugers (Nov. 89, 11).[4])

§ 154. Annahme an Kindesstatt.

Für die Annahme an Kindesstatt (adoptio)[1]) bestehen nach rR. (G. 1, 97 ff.) zwei nach Voraussetzungen und Wirkungen verschiedene Institute: die arrogatio gewaltfreier und die adoptio (i. e. S.) gewaltunterworfener Personen.

Gemeinsame Voraussetzungen beider Institute (G. 1, 103 ff.) sind:

An Kindesstatt[1a]) annehmen kann nur, wer der väterlichen Gewalt fähig ist, daher keine Frau; doch wird Frauen seit Diokletian in solatium liberorum amissorum die Adoption gestattet (I. 1, 11, 10, C. 8, 47, 5). Auch Kastraten (nicht aber natürlich Zeugungsunfähige, spadones) sind nicht fähig, an Kindesstatt anzunehmen (I. 1, 11, 9). Ferner muß der Annehmende älter sein als der Anzunehmende, und zwar nach späterem Recht um eine plena pubertas, d. h. 18 Jahre (adoptio naturam imitatur, I. 1, 11, 4). Zur Zeit des Gajus war die Zulässigkeit der Adoption durch jüngere Personen streitig (G. 1, 106). Die Annahme an Kindesstatt kann nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung (D. 1, 7, 34, BGB. § 1742), auch nicht durch einen Vertreter (D. 1, 7, 25, 1, BGB. § 1750 Abs. 1 S. 1) erfolgen.

---

[4]) Gemeinrechtlich war nur die leg. per subsequens matrimonium und per rescriptum principis zulässig, aber für alle unehelichen Kinder. Das gleiche gilt nach BGB. §§ 1719—1740; eine leg. per testamentum ist jedoch nicht zugelassen; vgl. aber § 1733 Abs. 2 (Ehelichkeitserklärung nach dem Tode des Vaters).

[1]) I. 1, 11, C. 8, 47: De adoptionibus; D. 1, 7: De adoptionibus et emancipationibus et aliis modis quibus potestas solvitur.

[1a]) Es kann jemand auch als Enkel adoptiert werden (D. 1, 7, 37, pr.), auch wenn der pater adoptans nie Kinder hatte (D. 1, 7, 43).

a. Arrogatio.

1. Voraussetzungen.

Die Annahme eines homo sui iuris an Kindesstatt (oder Enkelsstatt) erfolgte ursprünglich calatis comitiis, d. h. durch einen Volksschluß der Kuriatkomitien (S. 64) nach vorheriger Begutachtung seitens der pontifices und Befragung des Volkes (rogatio, daher der Name) sowie der beiden Beteiligten[3]). Der Anzunehmende mußte hiernach seine Zustimmung geben; deshalb konnten Frauen (G. 1, 101) und Unmündige, da sie in den Kuriatkomitien nicht erscheinen durften, anfänglich nicht arrogiert werden. Später wurde die arrogatio calatis comitiis durch einen Formalakt vor den pontifices unter Zuziehung von 30 Liktoren (S. 64) und endlich durch die arrogatio per rescriptum principis (als des pontifex maximus, S. 84) ersetzt (C. 8, 47, 2 u. 6), und nunmehr konnten auch Frauen und (seit Antoninus Pius) Unmündige mit Zustimmung ihres Vormunds arrogiert werden. Die arrogatio eines Unmündigen ist aber — wegen der einschneidenden Wirkungen der arrogatio, insbesondere auch vermögensrechtlicher Natur (S. 916) — an besondere Vorsichtsmaßregeln geknüpft: sie darf nur nach Sachuntersuchung (causae cognitio) erfolgen; der pater arrŏgans (oder arrogator) erhält kein Erbrecht gegen den

---

[3]) Der pater arrogans kann seine Erklärung auch in seinem Testament abgeben (sog. testamentarische Adoption). In dieser Weise arrogierte Cäsar seinen Neffen Oktavius (S. 84), was dieser durch die Kuriatkomitien bestätigen ließ.

Der Vorgang der Arrogation vor den Kuriatkomitien ist von Gellius, Noctes Atticae (S. 117[1]) überliefert. Der die comitia calata leitende pontifex maximus fragt den arrogator: an velit eum quem adoptaturus sit, iustum filium sibi esse, alsdann den arrogandus: an id fieri patiatur, endlich die Komitien: Velitis inbeatis, Quirites, uti L. Valerius L. Titio tam iure legeque filius sibi siet, quam si ex eo patre matreque familias eius natus esset, utique vitae necisque in eo potestas siet, uti patri endo (in) filio est. Haec ita, uti dixi ita vos Quirites rogo. Nach Verkündung des Beschlusses der Komitien erklärt der Arrogierte durch detestatio sacrorum seinen Austritt aus seiner bisherigen agnatischen Familie.

arrogatus (S. 917) und muß daher Kaution dafür bestellen, daß er das Vermögen des Arrogierten im Falle der Emanzipation oder des Todes des Arrogierten seinen Erben herausgeben werde (I. 1, 11, 3); der Arrogierte hat nach erreichter Mündigkeit einen Anspruch auf die Emanzipation (D. 1, 7, 32 und 33) und, falls er vom pater arrogans grundlos emanzipiert oder enterbt ist, als Ersatz des ihm hierdurch verloren gehenden Erbrechts einen Anspruch auf ein Viertel des Nachlasses des pater arrogator (sog. quarta divi Pii); vgl. I. 1, 11, 3, C. 8, 47, 2).[3])

Der Arrogierende muß mindestens 60 Jahre alt (D. 1, 7, 15, 2) und kinderlos sein (D. 1, 7, 17, 3). Mehr als eine Person (D. 1, 7, 15, 3) sowie Konkubinenkinder (C. 5, 27, 7, 3, Nov. 74, 3 und 89, 7) können nicht arrogiert werden.

Arrogationen staatsrechtlicher Natur kamen in Rom vor zwecks Übergang vom Patrizier- zum Plebejerstande (transitio ad plebem, so Clodius, zwecks Erlangung des Volkstribunats) und seitens kinderloser Kaiser zur Sicherung der Thronfolge.

2. Wirkungen der arrogatio.

Durch die arrogatio tritt ein bisher Gewaltfreier mit seinen Hauskindern (G. 1, 107) unter die patria potestas des Arrogierenden. Er wird Agnat und als solcher zugleich Kognat aller Agnaten des Arrogierenden (D. 38, 16, 2, 3; 38, 8, 1, 4). Der Arrogierte erleidet daher eine capitis diminutio minima (G. 1, 162), indem er aus der bisherigen Agnationsfamilie austritt (D. 38, 10, 4, 10) und verliert damit sein agnatisches Erbrecht in der bisherigen Familie. Dem pater arrogans fällt nach vorjustinianischem Recht das Aktivvermögen des Arrogierten (im Wege einer

---

[3]) Veräußerungen des parens arrogator unter Lebenden zwecks Schmälerung dieser quarta kann der arrogatus nach dem Tode des arrogator anfechten und zwar den Testamentserben gegenüber mit einer actio quasi Faviana, den Intestaterben gegenüber mit einer actio quasi Calvisiana (D. 38, 5, 13); unten § 171 b 2.

acquisito per universitatem, S. 223) zu, während nach justin. Recht der arrogator nur Nießbrauch und Verwaltung daran erhält (I. 3, 10, 2). Beide Beteiligte — abgesehen von dem arrogator impuberis (S. 916) — erhalten ein wechselseitiges Erbrecht.

b. Adoptio.

1. Voraussetzungen.

Zur Annahme eines homo alieni iuris an Kindesstatt bedurfte es anfänglich (G. 1, 134) einer dreimaligen (bei Hausföhnen, vgl. S. 910) oder einmaligen (bei sonstigen Hauskindern) Manzipation des zu Adoptierenden seitens seines pater familias an den pater adoptans (oder auch einen Fremden), zwecks Beseitigung der bisherigen Hausgewalt, wie bei der Emanzipation. Nach der dritten (oder ersten) Manzipation remanzipierte der pater adoptans das Kind dem bisherigen Gewalthaber. Nunmehr nahmen die Beteiligten eine in iure cessio (S. 158) vor, indem der pater adoptans das Kind als seinen filius familias vindizierte (vindicatio in potestatem, S. 904), der bisherige pater familias nicht widersprach und der Prätor das Kind dem Adoptivvater addizierte.

Im justin. R. ist die Adoptionsform sehr vereinfacht (C. 8, 47, 11). Die Adoption geschieht nunmehr durch persönliche Erklärung des Adoptivvaters zu gerichtlichem Protokoll in Gegenwart und ohne Widerspruch des Adoptivkindes[3a]).

2. Wirkungen.

Ursprünglich hat die Adoption, da auch sie eine capitis diminutio minima herbeiführt, die vollen Wirkungen der Arrogation. Es gehen jedoch die Kinder des Adoptierten, im Gegensatze zur Arrogation, nicht in die Gewalt des Adoptierenden über (I. 1, 7, 2, 2). Nach justin. R. (C. 8, 47, 10) ist dagegen zu unterscheiden:

[3a]) Streitig ist für das Gem. R., ob der Adoptierende (wie der Arrogierende, S. 916) kinderlos sein muß (so BGB. § 1741).

α. Wird ein Hauskind von einem Ascendenten adoptiert (z.B. vom Großvater), so treten die vollen Wirkungen der Arrogation ein (heute sog. adoptio plena „quia in unam personam concurrunt et naturalia et adoptionis iura", I. 1, 11, 2). Daher tritt in diesem Falle das Adoptivkind unter die patria potestas des Adoptivvaters und in dessen agnatischen Familienverband ein. Die agnatische Verbindung mit der angestammten Familie und daher auch das auf der Agnation beruhende, wechselseitige Erbrecht ist beseitigt, die kognatische Verbindung bleibt dagegen bestehen, und es entsteht nach röm. Anschauung ein Kognationsverhältnis zwischen dem Adoptierten und der Familie des Adoptierenden (D. 38, 8, 1, 4).

β. Wird ein Hauskind dagegen von einem Nichtascendenten adoptiert (sog. adoptio minus plena), so bleibt es unter der bisherigen patria potestas. Diese Adoption bewirkt nur, daß das Adoptivkind gegenüber dem Adoptivvater (nicht auch umgekehrt) ein Unterhaltsrecht und ein gesetzliches (nicht aber Not-) Erbrecht erwirbt[4]).

γ. Der durch eine Frau Adoptierte (S. 914) gilt ihr, nicht aber auch ihren Verwandten gegenüber, als eheliches Kind (C. 8, 47, 5). Es entsteht also insbesondere ein wechselseitiges Erbrecht[5]).

---

[4]) Adoptierte jemand einen von 3 Söhnen eines Vaters (sog. adoptio ex tribus maribus), so soll er ihm nach einem SC. Sabinianum oder Afinianum gleich einem arrogierten impubes (S. 916) ein Viertel seines Vermögens hinterlassen. Justinian beseitigte dies (C. 8, 47, 10, 3).

[5]) Das BGB. (§§ 1741 ff.) hat die Unterschiede zwischen arrogatio, adoptio plena und adoptio minus plena beseitigt.

a. Voraussetzungen der Annahme an Kindesstatt sind: der Annehmende darf keine ehelichen Kinder haben, muß 50 Jahre alt und mindestens 18 Jahre älter sein als das Kind (von den beiden letzten Erfordernissen ist Dispensation zulässig).

b. Die Adoption geschieht durch Abschluß eines Annahmevertrags. Dieser muß bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor Gericht oder vor einem Notar geschlossen und gerichtlich bestätigt werden. Ist einer der Beteiligten in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er außer der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

c. Die Wirkungen der Annahme sind: das Adoptivkind erhält die Stellung eines ehelichen Kindes des Annehmenden (Unterhaltsanspruch, Erbrecht) und dessen Namen; ist es noch minderjährig, so tritt es unter die elterliche Gewalt des Annehmenden. Dieser erhält kein Erbrecht, durch den Annahmevertrag kann auch das Erbrecht des Kindes ausgeschlossen werden. Gegenüber seinen bisherigen Verwandten behält das Kind seinen Unterhaltsanspruch und sein Erbrecht, ebenso umgekehrt.

Dritter Abschnitt. Vormundschaft
(BGB. §§ 1773—1921).

§ 155. Vormundschaft. Allgemeines[1].

a. Begriff.

Vormundschaft ist die durch das Recht angeordnete Fürsorge für solche gewaltfreie Personen, die für sich selbst zu sorgen nicht imstande sind[2]. Personen, die der Gewalt (patria potestas, manus, mancipium) eines Anderen unterworfen sind, bedürfen einer sonstigen Fürsorge nicht und erhalten daher keinen Vormund (ebenso BGB. § 1773).

b. Arten.

Das rR. kennt zwei Formen vormundschaftlicher Fürsorge: tutela und cura (oder curatio), die sich nach ihren Voraussetzungen und ihren Wirkungen unterscheiden[3].

---

[1]) I. 1, 13, D. 26, 1: De tutelis. Das Vormundschaftswesen ist behandelt in G. 1, 142 ff., I. 1, 13—26, D. 26 und 27, C. 5, 28—75.

[2]) D. 26, 1, 1, pr.: Tutela est, ut Servius (sc. Sulpicius, S. 119) definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa.

[3]) Worin das allgemeine Unterscheidungsmerkmal zwischen tutela und cura zu finden ist, darüber herrscht Streit. Manche finden einen begrifflichen Unterschied darin, daß dem tutor auch die Sorge für die Person, dem curator vorwiegend die Sorge für das Vermögen des Mündels obgelegen habe (I. 1, 14, 4, S. 934), andere darin, daß der tutor zur auctoritatis interpositio (S. 278), der curator zur bloßen Konsenserteilung (S. 279) berufen gewesen sei.

Auch das BGB. kennt zwei verschiedene vormundschaftliche Rechtsinstitute: die Vormundschaft (mit den Unterarten der Vormund-

1. Die tutela kommt vor: als tutela impuberum, über welche in § 156 zu sprechen ist, und als tutela mulierum, die S. 283 behandelt ist und im jüngsten rR. verschwunden ist.

2. Die cura (unten § 157) kommt vor: als cura minorum (S. 279), als cura furiosi und prodigi (S. 282), als cura debilium personarum (S. 281). Außer diesen Fällen einer cura personarum kann unter Umständen eine cura bonorum angeordnet werden zur Verwaltung einer der Verwaltung eines Berechtigten entbehrenden Vermögensmasse, so des Vermögens eines Abwesenden, insbesondere eines Kriegsgefangenen, der hereditas iacens, der Konkursmasse (D. 42, 5, 22, 1; 50, 4, 14; 42, 7, 2), des einem nasciturus vorbehaltenen Vermögens (S. 201).

§ 156. Tutela impuberum.

a. Berufung zur Vormundschaft.

1. Berufungsgründe.

α. Die Vormundschaft über Unmündige[1]) ist (gleich der über Frauen, S. 283) anfänglich reine Familien-

schaft über Minderjährige und über entmündigte Volljährige) und die Pflegschaft. Sie unterscheiden sich von einander nicht, wie tutela und cura, durch ihre Veranlassung oder die Art der Ausübung der Fürsorge, sondern durch den Umfang der durch sie übertragenen Geschäfte: dem Vormunde ist die Sorge für Person und Vermögen des Mündels ohne Einschränkung übertragen, während dem Pfleger die Fürsorge nur für bestimmte Angelegenheiten des Mündels oder einen bestimmt umgrenzten Kreis solcher Angelegenheiten anvertraut ist. Daher erhalten Geisteskranke, Verschwender, mündige Minderjährige, die nach rR. Kuratoren erhielten, heute nicht Pfleger, sondern Vormünder.

[1]) Wie schon S. 280[a] ausgeführt, ist die römische Unterscheidung, wonach gewaltfreie impuberes einen tutor erhalten mußten, puberes minores dagegen einen curator erhalten konnten, durch die Reichspolizeiordnungen von 1548 und 1577 beseitigt worden. Auch nach BGB. § 1773 erhält jeder nicht einer elterlichen Gewalt (S. 909[a]) unterstehende Minderjährige einen Vormund bis zu seiner Volljährigkeit; diese tritt aber nach BGB. § 2 mit dem vollendeten 21., nicht, wie nach Gem. R., erst mit dem vollendeten 25. Lebensjahre ein.

angelegenheit. Vormund wird, wer vom pater familias für den Fall seines Todes im Testament berufen ist (tutor testamentarius), mangels eines solchen der nächste Agnat, bei Freigelassenen der Patron (tutor legitimus). Die Vormundschaft begründet ursprünglich — gleich der patria potestas — auch nur Rechte des Vormunds („vis ac potestas", D. 26, 1, 1, pr., S. 920[2]; die gleichlautende Stelle I. 1, 13, 1 schreibt „ius ac potestas"), was besonders bei der tutela mulierum zutage tritt. Der Vormund führt die Verwaltung ganz nach freiem Ermessen (vice domini) und ist dem Mündel nur für Untreue bei der Verwaltung verantwortlich (actio rationibus distrahendis, S. 657).

Später ändert sich der Charakter der Tutel. Es kommt die Anschauung auf, daß es Sache des Staats sei, für die Personen zu sorgen, die außer stande sind, ihre Angelegenheiten selbst zu besorgen. Neben die tutela testamentaria und legitima tritt die tutela dativa[2]), d. h. die Anordnung durch die Obrigkeit (Obervormundschaft). Die letztere — der praetor urbanus, später ein praetor tutelaris in Rom und die praesides provinciae — überwacht auch mehr und mehr die Vermögensverwaltung der Vormünder. Die tutela wird aus einem bloßen Rechte zu einem — besondere Pflichten begründenden — öffentlichen Amte (munus publicum).

β. Für das entwickelte rR. kommen hiernach drei Berufungs- (Delations-) Gründe der tutela in Betracht:

a. Tutela testamentaria (I. 1, 14, D. 26, 2, C. 5, 28).

Der pater familias eines impubes kann diesem schon nach den 12 Tafeln (uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto, Ulp. fragm. 11, 14) in einem Testament oder einem testamentarisch bestätigten Kodizill (D. 26, 2, 3, pr.) einen Vormund ernennen, sofern der

---

[2]) In den Quellen heißt tutor dativus nicht der durch die Obrigkeit, sondern der durch den Gewalthaber berufene Vormund; vgl. zB. D. 46, 6, 7, G. 1, 154.

impubes beim Tode des Testators sui iuris werden, also nicht in die patria potestas eines Sohnes des Testators fallen würde (I. 1, 13, 3). Der Ernannte muß bestimmt, in früherer Zeit auch „imperativis verbis" (L. Titium liberis meis tutorem do, G. 1, 149) bezeichnet sein (D. 26, 2, 20, pr.); die Ernennung kann aber auch unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgen (D. 26, 2, 8, 1 ff.), nicht aber auf einzelne Geschäfte beschränkt werden[3]). Leidet die Ernennung an einem formellen oder materiellen Mangel, erfolgt sie zB. für ein emanzipiertes Kind oder seitens eines Anderen als des Inhabers der väterlichen Gewalt, so kann sie durch confirmatio der Obrigkeit gültig werden; die confirmatio wird, wenn die Anordnung vom Vater ausgeht, ohne weiteres (sine inquisitione), in anderen Fällen, zB. wenn sie von der Mutter oder einem Fremden ausgeht, nach Untersuchung (ex inquisitione) erteilt; vgl. D. 26, 3, C. 5, 29.

b. Tutela legitima (I. 1, 15, D. 26, 4, C. 5, 30).

Mangels einer testamentarischen Bestimmung des pater familias ist schon nach den 12 Tafeln der nächste männliche Agnat zur Vormundschaft berufen. Eine gesetzliche Vormundschaft erhält aber — kraft Patronatsrechts (S. 210) und Quasipatronatsrecht (S. 212) — auch der, welcher eine Person aus der dominica potestas[4]) oder dem mancipium entlassen hat. Da die manumissio ex mancipio regelmäßig zur Erfüllung eines pactum fiduciae erfolgt, so vor allem im Falle der Emanzipation unter Heranziehung eines Dritten (S. 910), so heißt die gesetzliche Vormundschaft des manumissor ex mancipio: tutela fiduciaria (G. 1, 166, I. 1, 19). Sie geht nach dem Tode des manumissor auf seine Söhne über (D. 26, 4, 3 u. 4).

---

[3]) D. 26, 2, 12—14: Certarum rerum vel causarum testamento tutor dari non potest nec deductis rebus et si datus fuerit, tota datio nihil valebit, quia personae, non rei vel causae datur.

[4]) Über die Erlangung der tutela legitima durch den quiritarischen Eigentümer vgl. S. 713[4].

Nach justin. R. ist — entsprechend der Abschwächung der Bedeutung der agnatio im Erbrecht, S. 165 — der nächste erbberechtigte[5]) Kognat tutor legitimus (Nov. 118, 5).

c. Tutela dativa (I. 1, 20, D. 26, 5, C. 5, 34).

Mangels eines tutor testamentarius oder legitimus erhält nach neuerem Recht der gewaltfreie Unmündige einen Vormund von Amts wegen. Zur Stellung des Antrags (petitio oder postulatio tutoris) sind die Mutter und die sonstigen gesetzlichen Erben des Unmündigen binnen Jahresfrist verpflichtet, widrigenfalls sie ihr Erbrecht verlieren, sofern der Mündel vor erreichter Mündigkeit stirbt (D. 26, 6, C. 5, 31). Die Bestellung erfolgt in Rom nach einer lex Atilia (188 v. Chr.?)[6]) durch den praetor urbanus nach Befragung der Mehrheit der Volkstribunen (sog. tutor Atilianus), in den Provinzen nach einer lex Iulia et Titia durch den praeses provinciae (G. 1, 185). Unter Mark Aurel wird für Rom ein besonderer praetor tutelaris ernannt[7]).

Die datio tutoris kann als actus legitimus (S. 323) nicht bedingt oder auf Zeit erfolgen, wohl aber für einen bestimmten Fall (tutor ad hoc), so nach altem Recht, falls der Mündel gegen seinen Vormund klagen oder mit ihm ein Geschäft abschließen wollte (tutor praetorius, G. 1, 184). Später wird entsprechend dem Grundsatze: tutorem habenti tutor dari non potest (D. 20, 2, 27, pr.) in solchen Fällen ein curator bestellt (I. 1, 21, 3); ähnlich heute BGB. § 1909.

---

[5]) Nach dem Grundsatze: ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelae onus esse debet (I. 1, 17, pr.).

[6]) Die lex Atilia ist nicht zu verwechseln mit einigen gleichklingenden Gesetzen, nämlich:

a. Der lex Atinia über die Unersitzbarkeit der res furtivae (S. 748);

b. der lex Acilia de repetundis (S. 178);

c. der lex Aquilia (S. 660).

[7]) Ähnlich wie nach BGB. der Gemeindewaisenrat die zu berufenden Vormünder zu benennen und zu begutachten hat (§§ 1849 ff.), hatten nach rR. die Munizipalmagistrate diese Pflicht (D. 27, 8, 1, 10).

2. Beginn der Vormundschaft.

Die tutela testamentaria und legitima fällt den Berufenen von selbst an, die tutela dativa wird durch Dekret der Vormundschaftsbehörde übertragen. Alle Vormünder übernehmen die Pflichten ihres Amtes mit Kenntnis des Berufungsgrundes[8]).

3. Unfähigkeit zur Vormundschaft (D. 26, 5, C. 5, 34).

α. Gewisse Personen sind zur Führung einer Vormundschaft absolut unfähig, d. h. sie gelten, selbst wenn sie durch Testament oder Gesetz berufen oder vom Richter ernannt sind, nicht als Vormünder, nämlich:

a. Frauen (tutela virile officium est, D. 26, 1, 16, pr.); nach justin. R. sind jedoch die Mutter sowie die Großmutter, solange sie sich nicht wieder verheiraten und sofern sie auf die beneficia muliebria (S. 286) verzichten, zur Führung der Vormundschaft über ihre Kinder und Enkel fähig (berechtigt, nicht verpflichtet, C. 5, 35, 3, Nov. 118, 5; ähnlich BGB. § 1887 Abs. 1);

b. Minderjährige, Geisteskranke, Taube, Stumme und interdizierte Verschwender (I. 1, 25, 13, D. 26, 1, 1, 2 u. 3);[9])

---

[8]) Das BGB. kennt zwar auch „berufene Vormünder" (in folgender Reihenfolge: wer vom Vater, wer von der Mutter letztwillig benannt ist, der väterliche, endlich der mütterliche Großvater, §§ 1776 ff., 1898 ff.), welche ein Recht auf Übertragung der Vormundschaft haben (§ 1778). Aber die letztere fällt dem berufenen Vormunde in keinem Falle mehr von selbst zu, sondern ist in allen Fällen von Amts wegen durch das Vormundschaftsgericht (das Amtsgericht, FrG. § 35) anzuordnen (BGB. § 1774, so schon die Reichspolizeiordnung von 1577, sog. confirmatio iuris Germanici). Nach BGB. ist also jede Vormundschaft tutela dativa. Jeder Vormund (oder Pfleger) wird durch Handschlag an Eidesstatt verpflichtet und erhält eine Bestallung (§§ 1789, 1791).

[9]) So lange die tutela legitima als Recht des Berufenen aufgefaßt wurde (S. 922) wurden auch solche Personen Vormünder; es wurde nur für die auctoritatis interpositio ein tutor dativus ernannt (S. 284). Nach justin. R. gelten sie dagegen als absolut unfähig „cum erat incivile eos, qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur et sub aliis reguntur, aliorum tutelam vel curam subire (I. 1, 25, 13, C. 5, 30, 5).

c. Bischöfe und Mönche (Nov. 123, 4) sowie Soldaten (C. 5, 34, 4).

β. Gewisse Personen sind zur Führung einer Vormundschaft relativ unfähig, d. h. sie sollen nicht zu Vormündern bestellt (sog. necessaria excusatio) und falls dies schon geschehen, entlassen werden. Ihre Handlungen für den Mündel sind aber gültig, nicht, wie die der absolut unfähigen, nichtig.

Hierher gehören die durch die Eltern Ausgeschlossenen (D. 26, 10, 3, 12, C. 5, 47, 1), der Ehemann bezüglich der Ehefrau (C. 5, 34, 2), Gläubiger und Schuldner des Mündels[10]).

4. Ablehnung der Vormundschaft.

Die Übernahme der Vormundschaft ist nach späterem rR. eine Bürgerpflicht (I. 1, 25, pr.: et tutelam et curam placuit publicum munus esse; ebenso BGB. § 1785), die nur beim Vorliegen bestimmter Gründe abgelehnt werden darf (voluntaria excusatio, I. 1, 25, D. 27, 1, C. 5, 62: De excusationibus, vgl. BGB. § 1786), zB. wenn der Berufene schon 3 Vormundschaften führt (I. 1, 25, 5), in Rom 3, in Italien 4, in der Provinz 5 eigene Kinder hat (I. 1, 25, pr.), über 70 Jahre (I. 1, 25, 13) oder Beamter oder Arzt ist (I. 1, 25, 15). Jeder vom Vormundschaftsgericht Berufene konnte nach früherem Rechte die Vormundschaft ablehnen, wenn er einen Näherstehenden bezeichnete (potioris nominatio, Paul. sent. rec. 2, 29). Dies schon durch eine oratio des Sept. Severus beschränkte Recht ist im justin. R. beseitigt. Dagegen kann die testamentarische Vormundschaft auch beim Vorliegen eines Exkusationsgrundes nicht ablehnen, wer sich zur Übernahme dem Testator verpflichtet hat oder von ihm ein Legat annimmt (sog. pacticia tutela).

---

[10]) Auch das BGB. unterscheidet Personen, die zu Vormündern nicht bestellt werden können (§ 1780, Geschäftsunfähige und Entmündigte) und solche, die nicht bestellt werden sollen (§§ 1781 bis 1784).

Die Exkusationsgründe müssen binnen bestimmter Fristen vorgebracht werden (mindestens 50 Tage, steigend mit der Entfernung des Wohnsitzes des Berufenen vom Sitze des Vormundschaftsgerichts, l. 1, 25, 16). Wegen grundloser Ablehnung einer Vormundschaft macht sich der Vorschützende verantwortlich (D. 26, 7, 20; BGB. § 1787).

b. Führung der Vormundschaft.

1. Vertretungsbefugnis (I. 1, 21, D. 26, 8, C. 5, 59).

Wie S. 336 dargelegt, hat das rR. selbst in seiner höchsten Entwickelung keine unmittelbare Stellvertretung gekannt. Demgemäß konnte auch ein Vormund die im Interesse des Mündels vorzunehmenden Rechtsakte nicht im Namen des Mündels und mit unmittelbarer Rechtswirkung für ihn vornehmen. Vielmehr konnte er die für das Mündel bestimmten Rechtsgeschäfte nur entweder im eigenen Namen vornehmen und das Ergebnis dem Mündel zuwenden oder sie vom Mündel selbst vornehmen lassen und durch seine Zustimmung (auctoritatis interpositio, davon Autorisation) vollwirksam machen. In welchem Umfange hiernach eine Vertretung überhaupt zulässig ist und wie sie zu erfolgen hat, ist S. 276ff. dargestellt[11]).

Die auctoritatis interpositio muß durch den Vormund persönlich und sofort beim Abschluß des vom Mündel selbst vorzunehmenden[12]) Geschäfts erklärt werden (S. 278). Sind mehrere Vormünder (contutores) vorhanden und die Verwaltung ungeteilt (tutela indivisa), so müssen nach älterem Recht alle Mitvormünder gemeinschaftlich handeln; nach just. R. genügt die auctoritatis interpositio eines der Mit-

[11]) Will der Tutor mit dem Mündel ein Geschäft abschließen, so wird, da „in rem suam auctor tutor fieri non potest" (D. 26, 8, 1, pr., S. 342[8]) ein besonderer curator (ehemals ein tutor ad hoc, S. 924) bestellt. Heute wird bei „Interessenkollision" ein Pfleger bestellt (BGB. §§ 181, 1794 ff., 1909).

[12]) Heute ist der Vormund (und der Pfleger) „gesetzlicher Vertreter" des Mündels; er handelt für ihn, nicht, wie nach rR., neben ihm (BGB. § 1793).

vormünder, es sei denn daß ein die Vormundschaft beendendes Geschäft (zB. Arrogation des Mündels) in Frage steht. Ist die Verwaltung dagegen nach Bezirken (tutor rei Africanae, Syriaticae) oder Vermögenszweigen (per regiones aut per partes) geteilt oder einem übertragen (tutor gerens), während die übrigen nur Aufsichtsrechte haben (tutores honorarii), so ist iure civili zwar jeder Vormund, nach prätorischem Rechte aber nur der zur Führung des betreffenden Geschäfts berufene „tutor gerens" zur auctoritatis interpositio berechtigt (C. 5, 40 u. 52).

2. Sorge für die Person des Mündels (D. 27, 2, C. 5, 50).

Die Sorge für die Person und die Erziehung des Mündels erfolgt unter Aufsicht des Vormundschaftsrichters (D. 27, 2, 1) durch die Mutter (C. 5, 49, 1) und die Verwandten des Mündels; der Vormund hat nur die Erziehung zu beaufsichtigen und aus dem Mündelvermögen die Kosten der Verpflegung und angemessenen Erziehung zu gewähren (D. 26, 7, 12, 3; 27, 2, 2 u. 3; vgl. BGB. § 1793 und über die Erziehungsgewalt des Vormunds §§ 1800, 1631).

3. Vermögensverwaltung (gestio; D. 26, 7, C. 5, 37).

Dem Vormund liegt die Sorge für das Vermögen des Kindes ob. Anfänglich stand diese gestio völlig im freien Ermessen des Vormundes; er handelte vice domini (S. 922) und war nur für Untreue, also wegen Delikts, auf das Doppelte des Veruntreuten haftbar (actio rationibus distrahendis, D. 27, 3); später wurde er aber durch gesetzliche Vorschriften beschränkt und einer vormundschaftsrichterlichen Aufsicht unterworfen.

a. Das durch die Verwaltungsführung begründete Rechtsverhältnis zwischen Vormund und Mündel wird als Quasikontrakt aufgefaßt (S. 431[8]). Der Vormund haftet für dolus und culpa in concreto (D. 27, 3, 1, pr.). Verletzt er die ihm obliegenden Pflichten, so hat der Mündel gegen ihn nach beendeter Vormundschaft (D. 27, 3, 4) die

(infamierende S. 226) actio tutelae directa, mit welcher gegebenenfalls die actio rationibus distrahendis elektiv (S. 539[4], D. 27, 3, 1, 21) konkurriert; andererseits hat der Vormund, da die actio tutelae ein bonae fidei iudicium ist (S. 391[14]), wegen seiner Auslagen gegen den Mündel die actio tutelae contraria[13]). Der Mündel hat wegen seiner Ansprüche aus der Verwaltung ein gesetzliches generelles Pfandrecht am Gesamtvermögen des Vormunds (S. 834) und ein Vorzugsrecht in seinem Konkurse (D. 26, 7, 44, 1) und kann die aus seinem Vermögen angeschafften Vermögensstücke mit der utilis rei vindicatio (S. 774[5]) und sonstigen utiles actiones unmittelbar in Anspruch nehmen, auch wenn die Anschaffung auf den Namen des Vormunds erfolgt war (D. 26, 9, 2, C. 5, 51, 5).[14]) Hat ein Mündel mehrere geschäftsführende Vormünder, so haften sie grundsätzlich solidarisch. Ist die Verwaltung einem zugeteilt (tutor gerens), während die übrigen nur die Aufsicht haben (tutores honorarii, S. 928),[15]) so haften die letzteren nur wegen versäumter Aufsicht und subsidiär (D. 26, 7, 3, 2). Neben dem Vormunde haften

---

[13]) D. 27, 3: De tutelae et rationibus distrahendis; C. 5, 51: Arbitrium tutelae; D. 27, 4: De contraria tutelae et utili actione; C. 5, 58: De contrario iudicio.

Die actio tutelae directa geht auf Rechnungslegung (D. 27, 3, 1, 3), Herausgabe des Vermögens des Mündels (D. 27, 3, 5) und Ersatz des Schadens, für den der Vormund haftet (C. 5, 51, 2).

Die actio tutelae contraria des Vormunds gegen den Mündel geht auf Erstattung der angemessenerweise gemachten Aufwendungen nebst Zinsen (D. 27, 4, 1, 3; 27, 4, 3), auf Befreiung von Verbindlichkeiten, die er für den Mündel übernommen hat (D. 27, 4, 6), unter Umständen auf Erstattung einer Vergütung (solacium) für die Mühewaltung (D. 26, 7, 33, 3, BGB. § 1836).

[14]) Nach BGB. haften Vormund, Gegenvormund und Pfleger für jedes Verschulden (§ 1833). Das gesetzliche Pfandrecht des Mündels ist fortgefallen (S. 834[11]), das Vorzugsrecht des Mündels im Konkurse des Vormunds dagegen bestehen geblieben (KO. § 61[5]).

[15]) Neben dem tutor gerens und honorarius kommt ein tutor notitiae causa datus vor, der den tutor gerens über die Vermögensverhältnisse informieren soll, meist ein Freigelassener (D. 26, 7, 3, 1 und 2; 46, 3, 14, 6).

(D. 27, 7, C. 5, 57) ferner — abgesehen von etwaigen Bürgen — diejenigen, welche:

a. in Erfüllung ihrer Postulationspflicht (S. 924) die Bestellung des Vormunds erbeten hatten (postulatores, D. 27, 7, 2);

b. den Vormund als geeignet empfohlen hatten (affirmatores, D. 27, 7, 4, 3);

c. ihn als näherstehenden, um sich zu exkusieren, bezeichnet hatten (nominatores, D. 27, 7, 2).

Es haften auch die Erben des Vormunds, wenn gegen den Erblasser die Klage bereits rechtshängig geworden war, aber nur für culpa lata (C. 5, 54, 1), und subsidiär — nach einem edictum de magistratibus conveniendis — die Munizipalmagistrate (magistratus minores, S. 72) wegen Verschuldens bei Bestellung der Vormünder (D. 27, 8, C. 5, 75; vgl. BGB. § 1848).

β. Bei Antritt seines Amtes hat der Vormund vor einem öffentlichen Beamten ein Inventar des Mündelvermögens zu errichten (D. 26, 7, 7, C. 5, 37, 24, ebenso BGB. § 1802), für die Rückgewähr Bürgen zu bestellen (satisdatio rem pupilli salvam fore, I. 1, 24, 3, D. 26, 4, 5, 1) und die Erfüllung seiner Pflichten eidlich zu versprechen (C. 5, 70, 7, 4 ff., Nov. 72, 2 u. 8). Von der satisdatio ist aber der durch Testament berufene und der vom Vormundschaftsgericht ex inquisitione (S. 923) bestellte Vormund befreit (G. 1, 200; vgl. BGB. § 1844).

γ. Durch eine Oratio Sept. Severi (195 n. Chr.) wird die bis dahin unbeschränkte Befugnis des Vormunds, über das Mündelvermögen zu verfügen, hinsichtlich der praedia rustica und suburbana (S. 256) insofern eingeschränkt, als zu deren Veräußerung (und Belastung, D. 27, 9, 3, 5; 27, 9, 10 u. 11) die Genehmigung des Vormundschaftsrichters vorgeschrieben wurde[16]). Konstantin

[16]) D. 27, 9, 1, 2: „Praeterea, patres conscripti, interdicam tutoribus et curatoribus, ne praedia rustica vel suburbana distrahant, nisi ut id fieret, parentes testamento vel codicillis caverint. quod si forte aes alienum tantum erit, ut ex rebus

ordnete diese Genehmigung für alle nicht zur laufenden Verwaltung gehörenden Veräußerungen und für die Einziehungen von Forderungen an (C. 5, 37, 22, ferner 25 u. 27).

Das Vermögen des Mündels soll in fruchttragenden Grundstücken — Häuser galten bei dem Mangel einer Feuerversicherung nicht als „mündelsichere" Kapitalsanlage — oder in sicheren zinstragenden Forderungen angelegt werden[17]). Verwendet der Vormund Mündelgeld für sich, so hat er es zu verzinsen (D. 26, 7, 7, 10), nach justin. R. mit 6% (S. 444, heute mit 4%, BGB. §§ 1834, 246). Zu Geschenken aus dem Mündelvermögen ist der Vormund nicht befugt (D. 26, 7, 22), außer zu Anstandsgeschenken (D. 26, 7, 12, 3, ähnlich BGB. § 1804), auch darf er — wegen der Unzulässigkeit des Kontrahierens mit sich selbst, S. 342[6] — nicht an sich selbst veräußern (D. 26, 8, 5, 2; S. 927[11]).[18])

---

ceteris non possit exsolvi, tunc praetor urbanus vir clarissimus adeatur, qui pro sua religione aestimet, quae possunt alienari obligarive debeant, manente pupillo actione, si postea potuerit probari obreptum esse praetori. si communis res erit et socius ad divisionem provocet, aut si creditor, qui pignori agrum a parente pupilli acceperit, ius exsequetur, nihil novandum censeo".

Die ungenehmigte Veräußerung ist nichtig; der Mündel kann das veräußerte Grundstück also vindizieren, muß aber das in seinen Nutzen verwendete Kaufgeld zurückzahlen (C. 5, 71, 16). Die Veräußerung konvalesziert, wenn der volljährig gewordene Mündel sie genehmigt oder 5 Jahre lang nicht anficht (C. 5, 74, 3).

[17]) Verzögert der Vormund die Anlegung mehr als 6 Monate seit Übernahme der Vormundschaft oder 2 Monate seit dem Eingehen neuer Gelder (sog. laxamentum temporis), so ist er zur Verzinsung persönlich verpflichtet (D. 26, 7, 11 u. 26, 7, 15; vgl. jedoch C. 5, 56, 3).

Justinian bestimmte zur Entlastung der Vormünder (und wohl auch wegen der Unsicherheit des Kreditwesens, S. 821[1]) in Nov. 72, 6: nullam necessitatem ex legibus esse curatoribus minorum pecunias fenerare, sed caute reponere atque servare, quoniam melius est in antiquis eis tutamen manere quam usurarum appetitione etiam antiqua pecunia carere.

[18]) Auch nach BGB. sind die wichtigeren Geschäfte an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§§ 1821 ff.) oder des Gegen-

δ. Wird jemand ohne tutor zu sein wie ein solcher tätig (protutor), was in Rom bei dem Mangel einer förmlichen Übertragung der Vormundschaft in den Fällen der testamentarischen und gesetzlichen Berufung leicht eintreten konnte, so wird er gleich einem wirklichen Vormund verpflichtet (actio protutelae, D. 27, 5, C. 5, 45, 1). Wer sich mit einem solchen falsus tutor gutgläubig in ein Geschäft einläßt (besonders wer mit ihm eine Litiskontestation vornimmt, wodurch er nach vorjustinianischem Rechte, S. 406, seine Klage verbrauchte, D. 27, 6, 5), hat Anspruch auf in integrum restitutio propter errorem (S. 425, D. 27, 6, 1). Weiß der sich als Vormund Aufspielende, daß er nicht Vormund ist, so haftet er mit einer besonderen Schadensersatzklage (D. 27, 6, 7, pr.).

c. Beendigung der Vormundschaft (I. 1, 22, C. 5, 60).

1. Beendigungsgründe.

Die tutela impuberum endet (vgl. BGB. §§ 1882 ff.):

α. in der Person des Mündels: durch seinen Tod, jede Art von capitis diminutio, den Eintritt der Pubertät (Anbruch — S. 355 — des letzten Tages des 14., bei Mädchen des 12. Lebensjahrs, S. 276);

β. in der Person des Vormunds: durch dessen Tod, dem capitis diminutio maxima und media (bei tutela legitima auch minima, I. 1, 22, 4) gleichsteht, durch Absetzung (tutoris suspecti remotio) oder Abdankung (abdicatio tutelae) des Vormunds. Die Absetzung (I. 1, 26, D. 26, 10, C. 5, 43) erfolgt bei erwiesener Pflichtwidrigkeit (crimen suspecti) durch die Vormundschaftsbehörde von Amts wegen oder auf Anklage (accusatio

vormunds (§§ 1799, 1810 ff.) gebunden. Über die Anlegung des Mündelvermögens vgl. §§ 1806 ff., über die vom Vormund dem Vormundschaftsgericht alljährlich zu legende Rechnung §§ 1840 ff., über die Einsetzung eines an die Stelle des Vormundschaftsgerichts tretenden Familienrats §§ 1858 ff.

suspecti) irgend einer Person (I. 1, 26, 3; vgl. BGB. § 1886, StGB. § 266). Zur Abdankung ist der Vormund beim Eintreten gewisser die Fortführung des Amtes erschwerender Umstände befugt, zB. bei Seereisen im Staatsinteresse (D. 4, 4, 11, 2), eintretender Armut oder Krankheit (D. 27, 1, 40).

2. Folgen der Beendigung.

Nach Beendigung der Vormundschaft hat der Vormund (oder sein Erbe) das Mündelgut dem neuen Vormund oder dem geschlechtsreif gewordenen Mündel selbst (unter Zuziehung eines Kurators, S. 279) auszuantworten und über seine Verwaltung Rechnung zu legen (D. 27, 3, 1, 3, C. 5, 51, 9; vgl. BGB. §§ 1890 ff.). Die laufenden Geschäfte hat er noch zu beenden (D. 26, 7, 33, 1; BGB. § 1893). Aus den vom Vormund für den Mündel eingegangenen Obligationen stehen — entgegen der Auffassung der obligatio als eines iuris vinculum — die Klagen, auch ohne förmliche Übertragung, als utiles actiones nach Beendigung der Vormundschaft für und gegen den Mündel zu (C. 5, 37, 26, 3, C. 5, 39, 2); ebenso wird die actio iudicati aus dem vom Vormund als solchem geführten Prozeß nach Beendigung der Vormundschaft für gegen den Mündel gegeben (D. 26, 7, 2, pr., 26, 9, 5, pr.).

§ 157. Cura.

a. Berufung[1]).

Für die cura, deren Anwendungsfälle bereits S. 921 aufgezählt und S. 279 ff. besprochen sind, gibt es nur einen Berufungsgrund: die Ernennung durch den Vormundschaftsrichter; m. a. W. jede cura ist cura dativa, wenn der Prätor bei der Ernennung des Kurators auch etwaige testamentarische Wünsche sowie die Verwandtschaft berücksichtigen wird (I. 1, 23, 1).

---

[1]) D. 1, 23: De curatoribus; vgl. D. 26, 5; 27, 10; 42, 7, C. 5, 70.

b. Führung der cura.

1. Die Vertretungsbefugnis des Kurators unterscheidet sich von der des Tutors dadurch, daß die erforderliche Genehmigung zu den Handlungen des Mündels vom tutor durch die formelle auctoritatis interpositio (S. 278), vom curator durch den formlosen, auch schriftlich, vor oder nach der Erklärung des Mündels zulässigen consensus erteilt werden kann.

2. Während es Tutoren ohne Vermögensverwaltung geben kann, zB. die tutores honorarii (S. 928), hat jeder curator eine gestio. Die hieraus sich ergebenden wechselseitigen Ansprüche werden mit der actio negotiorum gestorum (directa und contraria) geltend gemacht (D. 3, 5, 3, 5), was auch während, nicht, wie bei der actio tutelae (S. 928) erst nach Beendigung der Verwaltung geschehen kann (D. 27, 3, 4, 3).

Bei der cura minoris und furiosi hat der Mündel das gleiche Generalpfandrecht am Vermögen des Kurators, wie der impubes am Vermögen des Tutors, nicht aber bei der cura prodigi und debilium personarum.

c. Beendigung.

Die cura endet bei der cura minorum mit Erreichung des 25. Lebensjahrs durch den Mündel oder Erlangung der venia aetatis (S. 281), bei der cura furiosi mit der Genesung (C. 5, 70, 6), bei der cura prodigi mit der Rückkehr von sani mores, was durch Aufhebung der cura festzustellen ist (D. 27, 10, 1, pr.), bei der cura bonorum mit Erledigung des Zwecks[2]).

[2]) Die Fälle, in denen nach rR. eine cura einzusetzen war, bilden nach BGB. teils Fälle der Vormundschaft über Volljährige (so die ehemalige cura furiosi und prodigi, §§ 1896 ff.), teils Pflegschaftsfälle (so die cura debilium personarum, § 1910, die cura absentis, § 1911, die cura ventris, § 1912). Die cura minorum und die tutela impuberum sind zusammen geworfen: der elterlichen Gewalt nicht unterworfene Minderjährige jeder Altersstufe stehen bis zur Volljährigkeit (21. Lebensjahr) oder Volljährigkeitserklärung (S. 281) unter Vormundschaft (vgl. oben S. 280[2]). Zur Verwaltung der Konkursmasse wird ein besonderes Organ, der Konkursverwalter, ernannt (KO. § 78).

Fünftes Buch. Erbrecht.

Erster Abschnitt. Erbfolge
(BGB. §§ 1922—1941).

§ 158. Erbfolge. Allgemeines.

a. Grundbegriffe des Erbrechts.

1. Erbrecht im objektiven Sinn ist die Gesamtheit der Rechtssätze, die den durch den Tod einer natürlichen Person bewirkten Übergang ihrer Rechtsstellung auf eine andere (natürliche oder juristische) Person regeln. Erbrecht im subjektiven Sinn ist die durch das objektive Recht gewährte Befugnis auf Einrücken in die Rechtsstellung eines Verstorbenen.

2. Der den Rechtsübergang hervorrufende Todesfall heißt Erbfall, der Verstorbene Erblasser, der Nachfolger Erbe (heres = herus, i. e. dominus, I. 2, 19, 7), die Rechtsnachfolge Erbfolge (BGB. § 1922). Das Vermögen des Erblassers (bona defuncti, familia) wird Nachlaß genannt, soweit es sich um die objektive Rechtslage des Vermögens oder um Beziehungen des Erblassers oder dritter (daher „Nachlaßgläubiger") zu diesem Vermögen handelt, dagegen Erbschaft, wenn die Beziehungen des Erben zu diesem Vermögen in Frage stehen (daher: „Erwerb, Annahme, Ausschlagung der Erbschaft").

3. Die Erbfolge kann beruhen (sog. Berufungs- oder Delationsgründe): auf Gesetz (gesetzliche Erbfolge, Intestaterbrecht, unten § 159) oder auf Verfügung von Todes wegen (gewillkürte Erbfolge, Testament, Kodizill, Erbvertrag, unten § 160). Zu einer Erbschaft können mehrere Erben (Miterben, coheredes) berufen sein. Jeder Erbe, auch der Miterbe zu dem ihm gebührenden Anteil (Erbteil), ist Universalsuccessor des Erblassers. Durch Verfügung von Todes wegen kann aber auch eine erbrechtliche Singularsuccession herbeigeführt werden (Vermächtnis, legatum, unten §§ 160 c, 167).

Der durch Verfügung von Todes wegen berufene Erbe (oder Miterbe oder Vermächtnisnehmer) kann entweder von vornherein berufen sein oder erst an zweiter Stelle und zwar entweder als Ersatzerbe (Vulgarsubstitution, unten § 166 e 2), d. h. nur für den Fall, daß der an erster Stelle Eingesetzte das ihm Zugewendete nicht erwirbt, oder — wenigstens nach modernem Recht — als Nacherbe (fideikommissarische Substitution, unten §§ 166[21], 168), d. h. in der Weise, daß er das ihm Zugewendete nicht sogleich mit dem Erbfall, sondern erst von einem an erster Stelle Berufenen erwirbt.

b. Voraussetzungen der Erbfolge.

Jede Erbfolge setzt voraus: Tod einer Person (viventis nulla hereditas, vgl. jedoch D. § 94 d), Berufung einer anderen Person, Erbfähigkeit des Berufenen. In Frage kommt nach rR. endlich auch die Erwerbsfähigkeit des Berufenen.

1. Tod.

α. Nach rR. können vermögensunfähige Personen keine Erben hinterlassen. Dies sind die Sklaven (Servus successores habere non potest, C. 6, 59, 4) sowie die Deportierten (D. 48, 20, 7, 5, S. 214), nach älterem rR. auch die Hauskinder (D. 46, 1, 11, vgl. S. 907).[1])

[1]) Nach kanonischem Recht können Mönche und Nonnen (wegen des votum paupertatis) keine Erben hinterlassen (X. 3, 26, 2). Dies gilt nach BGB. nicht mehr (D. § 32 a).

β. Nur wer schon gelebt hat, kann beerbt werden; der Satz „nasciturus pro iam nato habetur" gilt für die Fähigkeit, zu erben, aber nicht für die Fähigkeit, beerbt zu werden (S. 201[2]).

γ. Kommorienten, d. h. in gleicher Gefahr umgekommene Personen, gelten grundsätzlich als gleichzeitig verstorben; es beerbt also keine die andere. Über eine Ausnahme für den Fall gleichzeitigen Umkommens von Eltern und Kindern vgl. S. 203.

2. Berufung zur Erbfolge.

α. Wie S. 936 erwähnt, beruht die Berufung zur Erbfolge teils unmittelbar auf dem Gesetz, teils auf dem Willen des Erblassers. Regelmäßig tritt die gesetzliche Erbfolge nur ergänzend ein, sofern der Erblasser keine Verfügung von Todes wegen hinterlassen hat. Gewisse Personen haben aber einen grundsätzlich unentziehbaren Anspruch auf Erbeinsetzung (sog. formelles Noterbrecht) oder einen Teil der Erbschaft (sog. materielles Noterbrecht oder Pflichtteilsrecht, unten § 171). Die Römer drücken dies so aus: an erster Stelle käme der letztgedachte Berufungsgrund, die Erbfolge contra tabulas (sc. testamenti), an zweiter Stelle die gewillkürte Berufung, die Erbfolge secundum tabulas, an letzter Stelle die Berufung unmittelbar durch das Gesetz, die Erbfolge ab intestato, in Betracht. Nach rR. (anders BGB. § 2088) kann in einen Nachlaß nicht teils gesetzliche, teils Intestaterbfolge eröffnet werden: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest (unten § 160 d).[2])

[2]) Liegt ein rechtsgültiges Testament vor, so tritt nach rR. Intestaterbfolge ein, wenn aus dem Testament niemand erbt. Ist aber zB. A auf $^1/_{12}$ eingesetzt, hinsichtlich der übrigen $^{11}/_{12}$ nicht verfügt, so treten nicht etwa insoweit die Intestaterben ein (wie nach BGB. § 2088), sondern A wird Universalerbe. Vgl. D. 29, 2, 39: Quam diu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur. Eine Ausnahme besteht — abgesehen von Militärtestamenten, die vielfach Privilegien genießen (D. 29, 1, 6, siehe unten) — für das Noterbrecht, das unter Umständen die testamentarische Erbfolge nicht völlig beseitigt, sondern nur beschränkt (D. 5, 2, 15, 2; unten § 171).

β. Die Erbfolge beruhte im älteſten rR. ausſchließlich auf ius civile, insbeſondere auf den 12 Tafeln und ihrer Fortbildung. Neben dieſe civilrechtliche Erbfolge (hereditas) trat ſpäter eine prätoriſche Erbfolge (bonorum possessio), indem der Prätor gewiſſen Perſonen den Erbſchaftsbeſitz zuwies, ſei es, daß er letztwillige Verfügungen anerkannte, die — als den ſtrengen Erforderniſſen des ius civile nicht entſprechend — eine hereditas nach ius civile nicht herbeizuführen vermochten (bonorum possessio secundum tabulas), ſei es, daß er gewiſſen Verwandten des Erblaſſers, die das ius civile als Inteſtaterben nicht anerkannte, den Erbſchaftsbeſitz gewährte (b. p. intestati) und zwar unter Umſtänden auch trotz einer entgegenſtehenden letztwilligen Verfügung (b. p. contra tabulas). Vgl. unten §§ 159 a 2, 161 a 2.

γ. Als Verfügungen von Todes wegen kommen nach rR. nur Teſtament und Kodizill (unten § 160 b) in Betracht, nach modernem Recht aber auch der Erbvertrag (unten § 170).

3. Erbfähigkeit.

Erbfähig, d. h. fähig eine andere Perſon zu beerben, iſt nur, wer rechtsfähig iſt und zwar mindeſtens[3]) im Augenblicke der Berufung zur Erbfolge.

Erbunfähig ſind hiernach:

α. die Sklaven des Erblaſſers, es ſei denn, daß ſie in dem ſie zu Erben einſetzenden Teſtamente gleichzeitig freigelaſſen werden (S. 208: Stichus servus meus liber heresque esto), und Nichtrömer; fremde Sklaven können in einem Teſtamente mit der Wirkung eingeſetzt werden, daß ſie das ihnen Zugewendete iussu domini für dieſen erwerben (G. 2, 185 ff.);

β. die zu einer Kapitalſtrafe Verurteilten (capite damnati), die Ketzer und Apoſtaten, die Kinder von Hochver-

[3]) Über die beſonderen Vorausſetzungen der Teſtamentserbfolge (Lehre von den drei Momenten) vgl. unten § 166 a 2.

rätern (S. 182[13]), die das Trauerjahr verletzende Witwe (S. 896);

γ. die zur Zeit des Erbfalls noch nicht Geborenen oder — unter Anwendung des Grundsatzes nasciturus pro iam nato habetur — mindestens schon Erzeugten (D. 38, 16, 6 ff., ebenso BGB. § 1923; vgl. unten § 166 a);

δ. die zur Zeit der Berufung zur Erbschaft bereits Verstorbenen (D. 28, 5, 60, 6, anders nach BGB., wonach es auch für diesen Fall — vgl. unten S. 955[11] — auf den Augenblick des Erbfalls ankommt, vgl. §§ 1953, 2344).

Über die Erbfähigkeit der juristischen Personen vgl. S. 235[6], 239[10].

4. Erwerbsfähigkeit.

Gewissen an sich erbfähigen Personen spricht das Recht die Fähigkeit ab, aus einem bestimmten Nachlasse etwas zu erwerben[4]). Fälle solcher Erwerbsunfähigkeit (incapacitas) sind nach rR.:

α. Nach der lex Iulia et Papia Poppaea (lex Iulia caducaria, S. 103[5]) sind ehelose Männer von 20—60 Jahren und unverheiratete Frauen von 18—50 Jahren (caelibes) für den ganzen, Kinderlose (orbi) für den halben Betrag des ihnen testamentarisch Zugewendeten incapaces. Kinderlose Ehegatten können von einander nicht mehr als $^1/_{10}$ ihres Vermögens und $^1/_3$ des Nießbrauchs am Überrest erben. Das von incapaces nicht Erworbene fällt als caducum mit den darauf gelegten Vermächtnissen (cum onere) in erster Linie dem Substituten, mangels eines solchen den in dem Testamente zu Erben ernannten mit Kindern gesegneten

[4]) Mit der Erbunfähigkeit (Unfähigkeit Erbe zu sein) und der Erwerbsunfähigkeit (incapacitas, Unfähigkeit gewisse Teile einer bestimmten Erbschaft zu erwerben) nicht zu verwechseln ist die Erbunwürdigkeit (indignitas, Unfähigkeit bestimmte ererbte Güter zu behalten). Durch die Erbunfähigkeit wird die Berufung zur Erbschaft (Delation, S. 937), durch die Inkapazität der Erwerb der Erbschaft (Acquisition, S. 941) gehindert; die Indignität hindert weder Delation noch Acquisition, sondern nur das Behalten der Erbschaft. Vgl. hierüber unten § 172.

Familienvätern (patres qui in eo testamento liberos habent), mangels solcher dem Fiskus zu (G. 2, 111 u. 286, Ulp. fragm. 17 u. 18, unten § 166[19]).

β. Die Latini Iuniani (S. 217[10]) können nur erben, wenn sie binnen 100 Tagen seit dem Erbfall das Bürgerrecht erwerben.

γ. Diese beiden Fälle von Kaduzität sind im justin. R. verschwunden (C. 6, 51), dagegen hat Domitian die feminae probrosae (Dirnen und Schauspielerinnen) für incapaces erklärt und Justinian hat selbst noch mehrere Fälle von Erwerbsunfähigkeit geschaffen:

a. Wer eine Witwe während des Trauerjahres heiratet, kann von ihr nur $^1/_3$ ihres Vermögens erben (Nov. 22, 22, pr.).

b. Der zweite Ehegatte kann von seinem Ehegatten nicht mehr erben, als das schlechtestbedachte Kind der früheren Ehe (S. 895).

c. Wer eheliche Nachkommen hinterläßt, kann seiner Konkubine höchstens $^1/_{24}$, ihr und seinen liberi naturales zusammen höchstens $^1/_{12}$ seines Vermögens hinterlassen (Nov. 89, 12).

Die Erwerbsunfähigkeit kommt — im Gegensatze zur Erbunfähigkeit (S. 938) — nur in Betracht, wenn sie im Augenblicke des Erwerbs vorhanden ist (D. 29, 2, 82).[5])

c. Eintritt der Erbfolge.

Eine der wichtigsten Abweichungen des römischen Erbrechts vom Erbrecht des BGB. besteht in der gegensätzlichen Beantwortung der Frage, mit welchem Augenblicke beim Vorliegen der unter b erörterten Voraussetzungen der Erbe die ihm zukommende Erbschaft erhält. Nach dem auf deutschrechtlichen Grundsätzen („der Tote erbt — d. h. macht zum Erben — den Lebendigen", „le mort saisit le vif", D. § 94 f 2) beruhenden BGB. gilt der sog. Ipso iure-Erwerb der Erbschaft: mit dem Tode des Erblassers geht die Erbschaft von selbst, d. h. ohne daß es einer Übernahme-

[5]) Dem BGB. ist der Begriff der Erwerbsunfähigkeit völlig fremd.

erklärung bedarf, auf den berufenen Erben über (§§ 1922, 1942). Das rR. dagegen unterschied (unten § 161 a):

1. Hausangehörige Erben (domestici heredes), nämlich Hauskinder (sui heredes) sowie im Testamente freigelassene und gleichzeitig zu Erben eingesetzte Sklaven (necessarii heredes) erwarben die Erbschaft nach Civilrecht (hereditas, S. 938) unmittelbar kraft Gesetzes. Erst später gewährte man ihnen Schutz gegen die hierin unter Umständen — bei Überschuldung der Erbschaft — liegende Härte. Die sui erhielten das ius abstinendi, kraft dessen sie sich die Stellung von Nicht-Erben verschaffen konnten. Die necessarii wurden dieses Rechts nicht teilhaftig, sie konnten sich also der Erbschaft auf keinen Fall entschlagen; jedoch bot ihnen das beneficium separationis ein Mittel, ihr Vermögen vor dem Zugriffe der Erbschaftsgläubiger zu sichern.

Alle anderen Erben (extranei s. voluntarii heredes) erwarben die hereditas erst durch eine Antrittserklärung (aditio). Für diese Personen trat also mit dem Tode des Erblassers nicht schon der Erwerb der Erbschaft (acquisitio), sondern nur eine Erwerbsmöglichkeit (delatio) ein. Zwischen der delatio und der durch die aditio bewirkten acquisitio bestand somit ein Schwebezustand, während dessen das spätere Schicksal des Nachlasses ungewiß war (hereditas iacens, unten § 161 c). Da ferner der Erbe erst durch die aditio die Erbschaft erwarb, so übertrug er, wenn er vor Abgabe der Antrittserklärung starb, die durch die delatio geschaffene bloße Erwerbsmöglichkeit nicht auf seine Erben. Erst im späteren Rechte wurde dieser Grundsatz verlassen (sog. Transmissionsfälle, unten § 161 b).

2. Die vorstehende Unterscheidung bezieht sich nur auf den Erwerb der Erbschaft nach Civilrecht. Der durch den Prätor zu vermittelnde Erwerb des Erbschaftsbesitzes (bonorum possessio, S. 938) dagegen bedurfte in allen Fällen, auch seitens eines domesticus heres, eines Gesuchs beim Magistrat (agnitio, vgl. unten § 161 a 2).

d. Art und Umfang der Erbfolge.

1. Das rR. hat den Grundſatz, daß durch die Erbfolge eine successio in universum ius quod defunctus habuerit (D. 50, 17, 62) vermittelt werde (S. 936, vgl. Nov. 48, praef.: una quodammodo persona heredis et illius qui hereditatem in eum transmittit) folgerichtig durchgeführt. Auch wenn mehrere Erben vorhanden ſind[6]), gilt jeder als auf die ganze Erbſchaft berufen, ſodaß beim Fortfall eines derſelben deſſen Erbrecht von ſelbſt und notwendigerweiſe den übrigen zuwächſt („Accrescenz").[7]) Auf dem Grundſatze der Univerſalſucceſſion beruht auch der Satz, daß für den geſamten Nachlaß nur ein Berufungsgrund in Frage kommen kann (nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, § 160d). Dem Prinzip der notwendigen Univerſalſucceſſion entſpricht es endlich, daß der Erbe, da er völlig in die vermögensrechtliche Stellung des Erblaſſers einrückt, einerſeits deſſen Vermögensſtücke ohne weiteres erwirbt, andererſeits aber auch die Schulden des Erblaſſers als eigene übernehmen muß und für dieſe „Nachlaßſchulden" auch dann perſönlich haftet, wenn die Erbſchaft überſchuldet iſt (damnosa hereditas, D. 50, 16, 119),

---

[6]) Die Römer bezeichnen den Alleinerben („Univerſalerben") als heres ex asse und verwenden zur Bezeichnung der Erbteile mehrerer Miterben die Zwölftel des as (uncia, sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx, S. 60[1]).

[7]) Vgl. D. 32, 80: Coniunctim heredes institui aut coniunctim legari hoc est: totam hereditatem et tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri. In der ſpäteren Entwickelung werden freilich Erbrechte anerkannt, die ſich auf einen beſtimmten Bruchteil der Erbſchaft beſchränken und für Militärperſonen galt der Grundſatz der Univerſalſucceſſion (von vornherein) nur mit beſonderen Beſchränkungen. Dagegen hat das rR. niemals beſondere Erbberechtigungen in beſtimmte zum Nachlaſſe gehörende Vermögensmaſſen anerkannt, wohl aber das deutſche Recht, das für fahrende Habe, Lehngüter, allodiale Güter, Heergeräte, Gerade, beſondere Erbfolgeordnungen aufſtellte (ſog. ſpezielle Univerſalſucceſſion oder Spezialſucceſſion, D. § 94 b 2); vgl. jedoch über die Erbfolge in das Dotalgut S. 883 ff., in die verſchiedenen Beſtandteile des Vermögens der Hauskinder S. 906 ff.

d. h. die Passiva die Aktiva übersteigen, ja sogar, wenn es an Aktiven überhaupt mangelt (D. 5, 3, 50, pr.: Hereditas, etiam sine ullo corpore, iuris intellectum habet). Erst Justinian gewährte dem Erben durch das „beneficium inventarii" einen Rechtsbehelf, durch den er seine Haftung über den Aktivnachlaß hinaus beseitigen konnte (unten § 162 a).[8])

Über die Unvererblichkeit gewisser Ansprüche und Schulden vgl. S. 409[8]. Unvererblich sind ferner gewisse Rechte insofern, als sie mit dem Tode des Berechtigten erlöschen (iura personalissima), zB. der Nießbrauch (S. 804) und die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten (S. 809). Endlich beendet der Tod das Mandat (S. 608), die Gesellschaft (S. 626) und den Besitz (S. 688).

2. Die einmal erworbene Erbschaft verbleibt — abgesehen vom ius abstinendi (S. 941) und von der Entreißung bei Erbunwürdigkeit (S. 939[4]) — dauernd dem Erben (semel heres, semper heres, vgl. D. 28, 5, 89); über Abschwächungen dieses Grundsatzes durch Zulassung einer fideikommissarischen Substitution vgl. unten §§ 166[21], 168.

§ 159. Gesetzliche Erbfolge.

Die Entwickelung des römischen Intestaterbrechts weist ein Fortschreiten von der anfänglich allein berücksichtigten Agnation zu der schließlich allein noch maßgebenden Kognation auf und damit eine steigende Berücksichtigung der weiblichen Linie bis zur völligen Gleichstellung der Weiber mit den Männern im justinianischen Recht.

---

[8]) Nach BGB. § 1922 geht zwar auch „mit dem Tode einer Person (Erbfall) deren Vermögen (Erbschaft) als Ganzes auf eine oder mehrere andere Personen (Erben) über"; aber das hierin zum Ausdrucke gelangte Prinzip der Universalsuccession ist nicht so schroff durchgeführt wie im rR. Insbesondere ist dem BGB. sowohl der Grundsatz „nemo pro parte" usw. (§ 2088) als die kraft Gesetzes mit Rechtsnotwendigkeit eintretende Accrescenz unbekannt (vgl. § 2094).

a. Erbfolge der Verwandten.

1. Altes Civilrecht.

α. Das altrömische Civilrecht berief nach einander drei Klassen von Agnaten gemäß dem Satze der 12 Tafeln: Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto; si agnatus nec escit, gentiles familiam habento (Ulp. fragm. 26, 1).

a. Berufen sind also an erster Stelle die sui heredes, d. h. diejenigen Personen, die zur Zeit des Todes des Erblassers seine Hauskinder sind, einschließlich der postumi, die mit der Geburt in seine Gewalt fallen würden (G. 3, 1 ff.). Hierzu gehören die Nachkommen des Erblassers, soweit sie nicht durch Emanzipation (S. 910) oder Eingehung einer Manusehe (S. 869) und die hierdurch herbeigeführte capitis diminutio minima (S. 222) aus der angestammten Familie ausgeschieden sind, ferner aber auch diejenigen Personen, die durch Rechtsakte sui des Erblassers geworden sind, also die Ehefrau, sofern eine Manusehe vorliegt (quia filiae loco est, S. 869) und die adoptierten Kinder (S. 914). Die suae stehen in dieser Klasse den sui gleich. An die Stelle eines verstorbenen oder aus der Familie ausgeschiedenen Kindes treten dessen in der Gewalt des pater familias verbliebene Nachkommen (sog. Repräsentationsrecht, S. 952[7]; vgl. Ulp. fragm. 26, 2: non ut in capita dividatur, sed in stirpes).

b. Hinterläßt der Erblasser keine sui, so erbt der dem Grade nach nächste Agnat (oder mehrere gleich nahe Agnaten), also ohne Repräsentation Verstorbener durch ihre Nachkommen (Ulp. fragm. 26, 4: Agnatorum hereditates dividuntur in capita). Eine Erbrechtsgrenze bestand nach Civilrecht nicht (vgl. dagegen unten S. 949). Die emanzipierten Kinder des Vaters sind nicht mehr seine Agnaten und daher auch in dieser Klasse zur Erbschaft nicht berufen, ferner auch nicht seine Ehefrau, sofern sie mit ihm nicht in Manusehe gelebt hatte. Ebensowenig wird die nicht in manu gewesene Mutter von ihren Kindern beerbt und beerbt sie diese; denn Mutter und Kinder sind Agnaten nur, wenn

die Mutter als uxor in manu „suae loco“ steht (S. 869). Sonstige Frauen beerben — nach der Interpretation der lex Voconia, wodurch das Erbrecht der Frauen erheblich beschränkt wurde (unten § 166 a 1 α) — nur ihre agnatischen Geschwister (consanguinei, S. 219, Ulp. fragm. 26, 7: feminae suos heredes non habent); beerbt aber werden sie von allen ihren männlichen Agnaten.

c. In Ermangelung von Agnaten fällt die Erbschaft an die gens (S. 50).

β. Ein eigentümlicher Satz des civilen Erbrechts war der Ausschluß jedes Nachrückens, wenn der an erster Stelle berufene Erbe die Erbschaft ausschlug (Ulp. fr. 26,5: in legitimis hereditatibus successio non est). War ein suus vorhanden, dann kam, falls dieser ausschlug, nicht die nächste Erbklasse, also der agnatus proximus, zur Erbfolge (keine successio ordinum). Wurde ferner mangels eines suus ein Agnat berufen, so kamen beim Ausschlagen des an erster Stelle Berufenen, des agnatus proximus, nicht etwa die Agnaten der weiteren Grade zur Erbfolge (keine successio graduum). Vielmehr wurde der Nachlaß in beiden Fällen erblos, fiel also dem Okkupanten anheim (S. 744[6] und unten § 161c).[1])

2. Prätorisches Recht.

α. Die civilrechtliche Erbfolge entsprach wegen der mangelnden Berücksichtigung der nächsten Blutsverwandten nicht dem fortschreitenden Rechtsbewußtsein. Bei der Ab-

[1]) Der Ausschluß der successio ordinum graduum ist vermutlich auf eine wörtliche Auslegung der 12 Tafeln zurückzuführen, wonach ein Agnat nur beim Nichtvorhandensein eines suus („cui suus heres nec escit“) und ferner überhaupt nur der „agnatus proximus“ berufen ist. Auf eine strikte Auslegung der 12 Tafeln ist übrigens auch der S. 942 besprochene Grundsatz „nemo pro parte“ usw. zurückzuführen, indem man aus den Worten „Si intestato moritur“ folgerte, daß die gesetzliche Erbfolge nur eintreten sollte, wenn jemand ohne irgend eine letztwillige Verfügung zu hinterlassen gestorben wäre, dergestalt, daß, wenn der Erblasser testiert hätte, aber nur über einen Teil, der ganze Nachlaß an die Testamentserben kommen müßte.

neigung der Römer, die durch die 12 Tafeln gegebene Grundlage des Civilrechts im Wege der Gesetzgebung zu ändern, konnte die Anpassung an die neueren Anschauungen nur durch den Prätor erfolgen. Dieser war nun aber zur Schaffung von Rechtssätzen nicht zuständig, sondern nur zur Gewährung von Rechtsschutzmitteln (praetor ius dicere potest, facere non potest, S. 113). Die Einführung neuer erbrechtlicher Grundsätze konnte also nicht unmittelbar[2]), sondern nur mittelbar, nämlich nur in der Weise erfolgen, daß der Prätor im Edikt erklärte, gewisse Personen, auch wenn sie nach Civilrecht nicht Erben (heredes) wären, als solche behandeln zu wollen, indem er versprach, ihnen den Erbschaftsbesitz (bonorum possessio) zu gewähren und sie darin gleich Erben zu schützen (S. 938).

Die bonorum possessio war teils im Edikt allgemein zugesichert, sofern gewisse Voraussetzungen erfüllt wären (so den unter γ aufgeführten Erbberechtigten); dann sprach man von b. p. edictalis. Teils behielt sich der Prätor die Entscheidung nach Lage des einzelnen Falls vor, b. p. decretalis, so bei der nur vorläufigen Einweisung, unten § 161d.

Die vom Prätor geleistete Rechtshülfe durch Zuweisung des Erbschaftsbesitzes und Gewährung von Rechtsschutzmitteln zur Erlangung von Nachlaßgegenständen (interdictum quorum bonorum und hereditatis petitio possessoria, unten § 163, actiones ficticiae für die Nachlaßforderungen, S. 383) konnte solchen Personen zu Teil werden, die schon nach Civilrecht zu Erben berufen waren (bonorum possessio utilis); soweit die bonorum possessio in dieser Art, also lediglich adiuvandi iuris civilis gratia, eintrat, stellten sich ihrer Anwendung sicherlich keine Schwierigkeiten ent-

[2]) Vgl. I. 3, 9, 2 (= G. 3, 32): Quos autem praetor solus vocat ad hereditatem, heredes quidem ipso iure non fiunt (nam praetor heredem facere non potest: per legem enim tantum vel similem iuris constitutionem heredes fiunt, veluti per senatus consultum et constitutiones principales): sed cum eis praetor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur et vocantur bonorum possessores.

gegen. Das gleiche galt für die Fälle, in denen ein nach Civilrecht berufener Erbe nicht vorhanden war oder sich wenigstens nicht meldete und der Prätor, um das Herrenloswerden der Erbschaft zu verhindern, gewisse nahe Verwandte des Erblassers zur b. p. berief (b. p. necessaria); er handelte hier iuris civilis supplendi gratia. Tatsächlich aber blieben die Prätoren hierbei nicht stehen. Sie gaben den von ihnen als Erbberechtigte Anerkannten die b. p. nicht nur, wenn kein Civilerbe vorhanden war, sondern sie schützten den bonorum possessor unter gewissen Umständen auch gegen den heres (iuris civilis corrigendi gratia), indem sie jenem gegen die an sich (ipso iure) begründete hereditatis petitio (unten § 163 b) mittels einer exceptio doli generalis halfen und ihn so im dauernden Besitze des Nachlasses erhielten.

Soweit die b. p. auch gegen den heres geschützt war, hieß sie b. p. cum re (cum effectu), sonst b. p. sine re (sine effectu); G. 3, 35 ff.

Die Entwickelung des prätorischen Erbrechts ist im einzelnen streitig[3]). Jedenfalls finden sich, wie auf anderen Rechtsgebieten (S. 160), so auch im Erbrecht im entwickelten rR. zwei Rechtssysteme neben einander, die civilrechtliche hereditas und die dem prätorischen Recht entstammende, den Grundsätzen des ius gentium folgende und mehr und mehr maßgebende bonorum possessio, deren völlige

[3]) Auf der Höhe seiner Entwickelung stellt die prätorische Erbfolge eine auf Billigkeitsgründen beruhende tiefgehende Änderung des civilen Erbrechts dar. Manche (Savigny) nehmen an, daß die bonorum possessio schon von vornherein den Zweck gehabt habe, neue Erbberechtigungen zur Ergänzung und sogar unter Abänderung des Civilrechts zu schaffen, also eingeführt sei iuris civilis supplendi vel corrigendi gratia. Andere dagegen führen aus, daß die b. p. ursprünglich nur iuris civilis adiuvandi gratia eingeführt worden sei, sei es zwecks Regulierung des Besitzstandes im Erbschaftsstreite (Bangerow) oder um dem Civilerben — wegen der Gefahr einer usucapio pro herede (S. 744[6]) — möglichst schnell den Besitz der Nachlaßsachen zu verschaffen (Löhr) oder um im Interesse der nicht an erster Stelle in Frage kommenden Civilerben eine successio ordinum et graduum zu ermöglichen „ne quis sine successore moriatur“ (Leist, der Hauptschriftsteller über die b. p.).

Verschmelzung zu einem einheitlichen Rechtsinstitut erst im justinianischen Recht erfolgte.

β. Das entwickelte prätorische Recht berief nach einander mehrere „ordines" zur Erbfolge. Das sog. edictum successorium (D. 38, 9, C. 6, 16) änderte aber das civile Erbrecht ferner noch insofern ab, als die Erbschaft nicht mehr, wie früher, beim Nichterwerbe durch den zuerst Berufenen herrenlos werden (S. 945), sondern eine successio ordinum et graduum stattfinden sollte; es sollte nämlich, wenn der zunächst Berufene die Erbschaft nicht annahm, der Nächstberufene derselben Ordnung und mangels eines solchen die nächste Ordnung eintreten (D. 38, 9, 1, 10). Endlich bestand ein Unterschied zwischen hereditas und bonorum possessio noch darin, daß die b. p. nur binnen bestimmter Zeit (binnen 100 Tagen, gegenüber Ascendenten und Descendenten binnen eines Jahres, beides utiliter — S. 355 — berechnet) erbeten werden mußte, während der Erwerb der hereditas an keine Ausschlußfrist gebunden war (D. 38, 9, 1, 9 u. 12); vgl. unten § 161 a.

γ. Nach prätorischem Rechte sind nach einander berufen (G, 3, 25 ff.):

a. ex edicto unde liberi (d. h. ex ea parte edicti, unde liberi ad bonorum possessionem vocantur, D. 38, 6, C. 6, 14): sämtliche Nachkommen des Erblassers, also, im Gegensatze zum Civilrechte (S. 944), nicht nur die sui, sondern auch diejenigen, die im Augenblicke des Erbfalls sui gewesen wären, wenn keine c. d. minima stattgefunden hätte, besonders die emanzipierten Kinder[4]), mit Ausnahme

[4]) Hatte der Erblasser einen Sohn emanzipiert, dessen Kinder dagegen in seiner patria potestas zurückbehalten, so waren nach civilem Recht nur die Kinder als sui erbberechtigt, während nach prätorischem Rechte nur der Sohn als nächstes Kind berechtigt war. Zur Versöhnung der widerstrebenden Interessen bestimmte die von Julian, dem Redaktor des Edictum perpetuum (S. 113), herrührende „Nova clausula Iuliani de coniungendis cum emancipato liberis eius", daß der auf den Sohn entfallende Kopfteil zur Hälfte dem Sohne, zur Hälfte dessen Kindern zufallen sollte (D. 37, 8).

Über den Einfluß der Gleichstellung der emancipati mit den sui auf die Kollationspflicht vgl. unten § 164 b 2 a.

der infolge von Adoption oder Arrogation einer fremden Familie angehörenden; in dieser Klasse kommt es nicht, wie in den Klassen b. und c., auf den Grad an, vielmehr treten, wenn ein Kind vor dem Erblasser gestorben ist, seine Kinder an seine Stelle (Repräsentation, S. 952[7]);

b. ex edicto unde legitimi (D. 38, 7, C. 6, 15): alle nach Civilrecht zur Erbfolge Berufenen, also wieder die sui, die Agnaten (u. zw. seit Justinian mit successio graduum, I. 3, 2, 7), die gentiles, deren Erbrecht aber in der Kaiserzeit wegfiel (G. 3, 17); die sui konnten also in dieser Klasse erben, auch wenn sie die Erbschaft in der Klasse unde liberi durch Versäumung der Antrittsfrist verloren hatten (sibi succedere, D. 38, 9, 1, 11);

c. ex edicto unde cognati (D. 38, 8, C. 6, 15): die Blutsverwandten bis zum 6. Grad, also noch die Geschwisterenkel, und vom 7. Grade die Kinder dieser (sobrino sobrinave natus et nata). Das prätorische Recht führte also eine Erbrechtsgrenze ein. Erst in dieser Klasse erhielten die Kinder gegenüber der Mutter und die Eltern gegenüber den Kindern ein Erbrecht, sodaß selbst der entfernteste Agnat vor diesen nächsten Blutsverwandten zur Erbfolge gelangte;

d. ex edicto unde vir et uxor (D. 38, 11, C. 6, 18): der überlebende Ehegatte, der also erst in Ermangelung aller sonstigen Berufenen die Erbschaft erhält, es sei denn, daß er mit dem Erblasser in Manusehe gelebt hatte und daher auf Grund der hierdurch geschaffenen Agnation in der Klasse b. berufen ist (S. 869).

Am Schlusse des Edikts werden diejenigen berufen, denen durch Gesetze ein außerordentliches Erbrecht (unten 4 β) zugesichert war (bonorum possessio quibus ex legibus).

3. Fortbildung bis auf Justinian.

Durch mehrere Gesetze der Kaiserzeit erfuhr das Erbrecht eine Fortbildung in der Richtung einer Bevorzugung der Kognaten unter Zurückdrängung der Agnaten.

α. Durch das SC. Tertullianum (I. 3, 3, D. 38, 17, C. 6, 56) unter Hadrian erhielt die Mutter, die das

ius liberorum hatte („quae ter tulit liberos", d. h. die 3, oder als Freigelassene 4 Kinder hatte), ein gesetzliches Erbrecht am Vermögen ihrer Kinder. Sie trat hierdurch in die Klasse unde legitimi ein, erbte aber erst hinter den Nachkommen ihrer Kinder, dem Vater und den agnatischen Brüdern, den consanguinei, während sie neben agnatischen Schwestern erbte.

β. Umgekehrt erhielten nach dem SC. Orfitianum (I. 3, 4, D. 38, 17, C. 6, 57) unter Mark Aurel (178 n. Chr.) die Kinder ein gesetzliches Erbrecht gegenüber der Mutter, u. zw. vor deren Agnaten. Das Vermögen der Mutter fiel also, wenn sie Kinder hinterließ, nicht mehr, wie bisher, an ihre angestammte Familie zurück.

γ. Später erhielten (durch Valentinian, 389 n. Chr.) die Enkel ein Intestaterbrecht gegenüber den kognatischen Großeltern (der Großmutter väterlicherseits und den Großeltern mütterlicherseits), indem jedoch den agnatischen Enkeln ein Vorzug belassen wurde (I. 3, 1, 15). Das Erfordernis des ius liberorum als Voraussetzung der Erbfolge der Mutter wurde beseitigt (durch Konstantin und Justinian, C. 8, 58, 2). Die emanzipierten Geschwister wurden durch Anastasius den agnatischen, welche ein bestimmtes Voraus erhielten, gleichgestellt (I. 3, 5, 1). Endlich erhielten auch Konkubinenkinder ein gewisses Erbrecht gegenüber dem Erzeuger (S. 912) und die „arme Witwe" gegenüber dem Manne (S. 958).

4. Justinianisches Recht.

Justinian stellte das Intestaterbrecht auf eine ganz neue Grundlage in der Novelle 118 (543 n. Chr.) und der sie ergänzenden Novelle 127 (547 n. Chr). Er führte eine neue Erbfolgeordnung ein, unter alleiniger Betonung der Blutsverwandtschaft (Kognation) und unter Wiederbeseitigung der Erbrechtsgrenze[5]).

---

[5]) Streitig ist, ob die Auslegung der Novellen 118 und 127 lediglich aus ihren eigenen Vorschriften und der diese beherrschenden Tendenz zu erfolgen hat, oder ob dazu das bisherige Recht heran-

a. Ordentliches Erbrecht der Verwandten.

a. Erbfolgeordnung.

Die Novelle 118 bildete vier Klassen[6]), von denen jede spätere erst berufen ist, wenn aus der früheren Klasse niemand erbt (successio ordinum, S. 945).

I. Klasse: Nachkommen.

Berufen sind alle beim Tode des Erblassers geborenen oder wenigstens erzeugten Nachkommen und zwar ohne Rücksicht auf den Grad[6a]). Vielmehr treten die Nachkommen eines verstorbenen Nachkommen des Erblassers an die Stelle des Verstorbenen. Sind also beim Tode des Erblassers, der drei Kinder A, B, C hatte, vorhanden: A, zwei Kinder des verstorbenen B und 6 Enkel des verstorbenen C von dessen einzigem Sohne D, so erben A, B's Kinder und C's Enkel, obgleich sie mit dem Erblasser in verschiedenem Grade verwandt sind, gemeinsam, und zwar so, daß jede „stirps" d. h. jede der drei Linien A, B, C, $^1/_3$ erhält, also A $^1/_3$, jedes von B's Kindern $^1/_6$, jeder von C's Enkeln $^1/_{18}$. Unerheblich ist hierbei nach der richtigen, in neuerer Zeit allgemein anerkannten Meinung, ob die Nach-

---

gezogen werden darf. Die erstere Anschauung verdient den Vorzug, da Justinian nach der praefatio der Nov. 118 eine völlige Neuordnung („Kodifikation") des (ordentlichen, unten β) Intestaterbrechts beabsichtigte („cessantibus prioribus legibus, quae hac de causa lata sunt, in posterum ea solum observentur, quae nunc definimus").

[6]) Zusammengefaßt in den Denkversen eines unbekannten Verfassers:

1. Descendens omnis succedit in ordine primo.
2. Ascendens propior, germanus, filius eius.
3. Tunc latere ex uno frater quoque filius eius;
   (Hi cuncti in stirpes succedunt, in capita autem
   Iuncti ascendentes, fratrum proles quoque sola,
   Cognatusque heres, quem continet ultima classis;
   In lineas ascendentes, si sunt modo soli).
4. Denique proximior reliquorum quisque superstes.

[6a]) Cuiuscumque sexus aut gradus, sive ex masculorum, sive ex feminarum progenie descendat, et sive sui iuris, sive sub potestate sit (Nov. 118, 1).

kommen späterer Grade ihren Vorfahren, durch den sie von dem Erblasser abstammen, selbst beerbt haben oder nicht; denn sie erben aus eigenem Rechte, wenn auch durch Vermittelung des Vorfahren, der zwischen ihnen und dem Erblasser stand[7]).

Den ehelichen Nachkommen stehen die legitimierten (C. 5, 27, 10, pr., heute auch die einer Putativehe, S. 899[5], entstammenden) Kinder gleich. Dagegen sind uneheliche Kinder nur gegenüber der Mutter und ihren Verwandten erbberechtigt (incestuosi auch nicht einmal insoweit, C. 5, 5, 6, S. 912); den Verwandten des Vaters gegenüber haben sie überhaupt kein Erbrecht, dem Vater selbst gegenüber nur ein außerordentliches beim Vorliegen gewisser Voraussetzungen (unten β b).

Hinsichtlich der adoptierten Kinder ist zwischen der adoptio plena und der arrogatio einerseits und der adoptio minus plena (S. 916 ff.) andererseits zu unterscheiden. Im letzteren Fall entsteht nur ein Intestaterbrecht des Adoptierten gegen den pater adoptans, nicht auch umgekehrt. In den ersteren Fällen dagegen entsteht ein gegenseitiges Erbrecht zwischen dem Annehmenden und dem Angenommenen, sowie dessen Kindern. In allen Fällen behält übrigens der Adoptierte sein Erbrecht in seiner angestammten Familie und wird auch von dieser beerbt, vgl. S. 916.

II. Klasse: Vorfahren, vollbürtige Geschwister und deren Söhne und Töchter.

1) Von den Vorfahren sind nur die dem Grade nach nächsten berufen, sodaß also der dem Grade nach nähere

---

[7]) Das Recht der Nachkommen späterer Grade, statt ihrer vorverstorbenen oder sonst als Erben nicht in Betracht kommenden Vorfahren einzurücken, pflegt man Repräsentationsrecht zu nennen. Man muß sich beim Gebrauche dieses Ausdrucks aber darüber klar sein, daß die weiteren Nachkommen nicht etwa bloß in das Erbrecht ihrer Vorfahren einrücken, sodaß sie als „Repräsentanten" ihrer Vorfahren an deren Stelle erben, denn sonst könnten sie zB. nicht erben, wenn ihr Vorfahr enterbt oder erbunwürdig wäre oder die Erbschaft ausgeschlagen hätte (es gilt also nicht der Satz: viventis nulla repraesentatio). Vielmehr erben die Nachkommen kraft eigenen Rechts, das aber eben nur vorhanden ist, wenn nicht ein zwischen ihnen und dem Erblasser stehender Nachkomme erbt. Alles dies gilt übrigens auch für das BGB.

Ascendent den entfernteren ausschließt. Die Mutter schließt zB. den väterlichen Großvater aus. Erben mehrere gleich nahe Vorfahren, so wird bei Beteiligung von Vorfahren mütterlicher- und väterlicherseits der Nachlaß in 2 Teile, einen für die Mutterseite, einen für die Vaterseite, zerlegt (Teilung in lineas). Innerhalb jeder Linie wird in capita geteilt. Hinterläßt A den Vater seines Vaters B und die Eltern seiner Mutter C und D, so erhalten B $^1/_2$, C und D je $^1/_4$.

2) Neben den Vorfahren sind in der II. Erbklasse die vollbürtigen Geschwister und deren Söhne und Töchter (nicht auch deren Enkel usw.) berufen. Nach der Novelle 118 erbten neben Vorfahren nur Geschwister, nicht auch Geschwisterkinder. Erst durch die Novelle 127 wurde das Erbrecht der Geschwisterkinder auch für den Fall, daß Vorfahren miterbten, festgestellt[8]).

Erben Geschwister allein oder neben Vorfahren, so wird in capita geteilt. Geschwisterkinder erhalten den ihrem parens gebührenden Kopfteil. Hinterläßt also A in dem vorerwähnten Beispiele noch einen Bruder E und 2 Neffen F und G (von einem anderen, nicht miterbenden Bruder), so erhalten B, C, D, E je $^1/_5$, F und G je $^1/_{10}$ der Erbschaft[9]).

III. Klasse: Halbbürtige Geschwister und deren Söhne und Töchter.

Die Teilung erfolgt hier ebenso wie in der II. Klasse, wenn keine Vorfahren in Betracht kommen. Geschwister

---

[8]) Die Novelle 127 gewährte den Geschwisterkindern ein Erbrecht in dieser Klasse ausdrücklich nur, wenn neben den Vorfahren auch Geschwister erben. Beabsichtigt war aber zweifellos, ihnen ein Erbrecht auch dann zu gewähren, wenn keine Geschwister miterbten, sodaß die Geschwisterkinder allein neben Ascendenten berufen waren. So hat die gemeinrechtliche Praxis die Nov. 127 auch stets ausgelegt.

[9]) Erben Geschwisterkinder allein, so müßte bei folgerichtiger Durchführung der Teilungsgrundsätze der Novelle 118 jede stirps einen Teil erhalten. Dies lehrte auch Accursius; dagegen wollte Azo in diesem Falle Teilung nach Köpfen eintreten lassen, und seine Meinung hat im Reichsabschiede von Speier (1529) reichsrechtliche Bestätigung erhalten, während das BGB. wieder die Teilung in stirpes angenommen hat (S. 954[10]; vgl. D. § 95 b 2).

erben also in capita, neben Geschwistern erbende Geschwisterkinder in stirpes, allein erbende Geschwisterkinder in capita.

IV. Klasse. Die sonstigen nächsten Blutsverwandten.

Es entscheidet die Nähe des Grades ohne Rücksicht auf volle oder halbe Geburt. Der nähere Grad schließt den entfernteren aus. Gleich nahe Verwandte teilen in capita[10]).

---

[10]) Das rR. fand bei seinem Eindringen in Deutschland zwar gewisse erbrechtliche Gedanken deutschrechtlichen Ursprungs vor; es wird von manchen sogar behauptet, daß in einem größeren Teile von Deutschland eine übereinstimmende Erbfolgeordnung, die Parentelenordnung, gegolten habe, nach welcher kraft Gesetzes zur Erbschaft berufen seien: zunächst die „erste Parentel", d. h. die vom Erblasser abstammenden Personen, mangels solcher Nachkommen des Erblassers die „zweite Parentel", d. h. die von den Eltern des Erblassers abstammenden Personen usw. (D. § 95 a 1). Jedenfalls aber hat das deutsche Erbrecht dem Anprall des rR. nicht Stand gehalten und das letztere ist insbesondere für das Intestaterbrecht bis auf Einzelheiten Gemeines Recht geworden. Dagegen gingen die partikulären Kodifikationen (S. 40) wieder auf das deutsche Recht zurück; ihnen schließt sich das BGB. an.

Das BGB. hat seinem Intestaterbrechte die Parentelenordnung zu Grunde gelegt. Es läßt von dem Erblasser, seinen Eltern, Großeltern, Urgroßeltern usw. je eine Ordnung (Parentel) ausgehen (§§ 1924 ff.) und beruft einen Angehörigen einer entfernteren Ordnung erst dann zur Erbfolge, wenn kein, dem Grade nach auch noch so weit entfernter, Angehöriger einer näheren Ordnung vorhanden ist (§ 1930). In den ersten drei Ordnungen (§§ 1924—1926), also den vom Erblasser, seinen Eltern und Großeltern ausgehenden, tritt an die Stelle eines verstorbenen Vorfahren seine Nachkommenschaft kraft Repräsentationsrechts; es wird also ohne Rücksicht auf die Gradesnähe nach Stämmen geerbt (sog. Linealfolge). Von der vierten (von den Urgroßeltern und weiteren Vorfahren beginnenden) Parentel an findet dagegen keine Repräsentation statt, und es wird in derselben Parentel nur von den dem Grade nach nächsten Verwandten geerbt (sog. Linealgradualfolge, §§ 1928 Abs. 3, 1929 Abs. 2). Die wichtigsten Abweichungen des BGB. vom Gemeinen Intestaterbrecht sind:

a. Die Geschwister erben nicht neben den Eltern (S. 952), sondern werden von diesen, wenn sie beide leben, ausgeschlossen.

b. Dagegen schließen Geschwister die entfernteren Vorfahren aus; denn diese gehören erst der dritten Ordnung an.

c. Zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Geschwistern wird kein Unterschied in der Berufung gemacht (S. 952 ff.), sondern nur im

b. Zeitpunkt der Berufung.

Für die Frage, wer der zu einer Erbschaft berufene Intestaterbe ist, kommt es nach rR. auf den Augenblick des Eintritts des Berufungsgrundes an, nicht einheitlich auf den des Todes des Erblassers. Entsagt daher zB. ein vom Erblasser eingesetzter Testamentserbe und tritt infolgedessen Intestaterbfolge ein, so kommt der im Augenblicke der Entsagung (nicht im Augenblicke des Todes) nächste Intestaterbe zur Erbschaft (I. 3, 1, 7). Hinterläßt der Erblasser ferner einen nasciturus und kommt dieser tot zur Welt, so wird Erbe, wer zu dieser Zeit, nicht wer zur Zeit des Todes des Erblassers nächster gesetzlicher Erbe ist (D. 29, 2, 30, 1).[11])

Erbteile. Sind nämlich beide Eltern des Erblassers tot, so erben die vollbürtigen Geschwister bei beiden Hälften, die Halbbürtigen nur hinsichtlich der Hälfte des mit dem Erblasser gemeinschaftlichen Elternteils mit (§ 1927).

d. Nicht nur Söhne und Töchter, sondern auch weitere Abkömmlinge der Geschwister sind in der zweiten Ordnung berufen (S. 952).

e. Allein erbende Geschwister teilen nicht in capita (S. 953[9]), sondern in stirpes (S. 954[10]).

Eine die Erbordnungen des Gem. R., des ALR. und des BGB. vergleichende Tabelle findet sich zu D. § 95.

Über das gesetzliche Erbrecht der unehelichen Kinder und der Adoptivkinder nach BGB. vgl. S. 913[3], 919[6].

[11]) Auf gerade entgegengesetztem Standpunkt steht das BGB. Nach rR. erfolgt die Delation des Erbrechts, wie oben dargelegt, immer nur an den Nächstberechtigten und es ist für jede neue Berufung der Augenblick des Wegfalls des Nächstberechtigten maßgebend. Nach BGB. dagegen (vgl. §§ 1953, 2344, 2346) gelten bereits mit dem Erbfall alle in Frage kommenden Erben als zusammen berufen. Fällt der Nächstberufene fort, so wird es so angesehen, als wäre er schon im Augenblicke des Todes des Erblassers nicht vorhanden gewesen und es gilt daher der als berufen, der zu dieser Zeit — von dem Fortgefallenen abgesehen — der nächste gesetzliche Erbe war, auch dann, wenn er es im Augenblicke des Fortfalls nicht mehr ist. Hinterläßt A zB. eine schwangere Frau, eine Mutter und eine Schwester, stirbt alsdann die Mutter und macht die Frau später eine Fehlgeburt, so fällt As Nachlaß nach rR. an die Schwester; denn in dem maßgebenden Augenblicke der Fehlgeburt ist die Mutter schon tot und die Schwester die nächste Erbin (D. 38, 16, 8, 1: Si quis praegnatem uxorem reliquisset et matrem et sororem, si viva uxore mater mortua

c. Succession und Accrescenz.

Justinian hat die durch das edictum successorium hinsichtlich der Klassen und in der Klasse der Kognaten hinsichtlich der Grade (S. 949) eingeführte, das Herrenloswerden des Nachlasses verhindernde successio ordinum et graduum schon vor der Novelle 118 (I. 3, 2, 7) aufgenommen. Über ihr Verhältnis zu dem Accrescenzrechte herrscht jedoch beim Mangel einer ausdrücklichen Vorschrift Streit.

1) Nach der richtigen und fast allgemein anerkannten Meinung ist ein Angehöriger einer Klasse immer erst zur Erbschaft berufen, wenn kein Erbberechtigter einer früheren Klasse vorhanden ist. Dies ergibt Nov. 118, 1 (S. 951[6a]), wonach das Vorhandensein eines Nachkommen irgendwelchen Grades die Berufung der Vorfahren und Geschwister ausschließt. Wenn also A zwei kinderlose Söhne B und C hinterläßt, so ist sein Vater D nur dann zur Erbschaft berufen, wenn beide Söhne der Erbschaft entsagen; erst dann tritt die successio ordinum (S. 951) ein. Schlägt dagegen C die Erbschaft aus, während B sie annimmt, so fällt Cs Erbteil nicht an D, sondern an B; es tritt also nicht successio ordinum, sondern Accrescenz (S. 942) ein.

Unstreitig ist ferner, daß in der IV. Klasse eine successio graduum nur eintritt, wenn alle beim Tode des Erblassers vorhandenen Erben früherer Grade fortgefallen sind. Hinterläßt A also zwei Großneffen B und C, und entsagt C, so kommt nicht dessen Descendenz, sondern der einen Grad näher stehende B zur alleinigen Erbfolge. Es tritt also Accrescenz ein und nicht successio graduum.

---

fuisset, deinde uxor mortuum peperisset, ad sororem solam legitima hereditas pertinet, quia certum esset matrem eo tempore decessisse, quo legitima hereditas ad eam non pertinebat). Nach BGB. dagegen beerben die (Testaments- oder gesetzlichen) Erben der Mutter den A; denn nach BGB. gilt die Mutter schon mit As Tode als zu seiner Erbschaft berufen, wenn auch nur eventuell, nämlich für den Fall, daß der nasciturus nicht lebend zur Welt kommt. Sie vererbt daher dieses eventuelle Erbrecht auf ihre Erben, auch wenn sie stirbt, ehe sich ihre Berufung endgültig entscheidet.

2) Streitig ist dagegen die Frage, ob in den drei ersten Klassen bei Fortfall des an erster Stelle berufenen Erben Anwachsung an die übrigen an erster Stelle berufenen Erben eintreten solle, oder ob der Erbteil des Fortfallenden auf diejenigen übertragen werden müsse, die berufen sein würden, wenn der Fortgefallene vor dem Erblasser gestorben wäre[12]).

β. Außerordentliche Erbrechte.

Neben den in den Novellen 118 und 127 geordneten

---

[12]) Die neuere Ansicht (Windscheid, Dernburg) läßt nicht Accrescenz, sondern successio graduum eintreten, indem sie darauf hinweist, daß es der in der Novelle 118 zum Ausdruck gelangten Absicht Justinians, die dem Erblasser am nächsten stehenden Verwandten zur Erbfolge zu berufen, nicht entsprechen würde, zB. Enkel von der Erbschaft auszuschließen, weil ihr Vater der Erbschaft entsagt hat, und es für entscheidend zu erklären, ob der Umstand, der jemanden zu einem Erbberechtigten macht, vor oder nach dem Erbfall eingetreten sei. Dagegen wenden die Gegner ein, daß nach dem das römische Erbrecht beherrschenden, durch die Novelle 118 nicht geänderten Grundsatze jeder der mehreren an erster Stelle berufenen Erben auf die ganze Erbschaft berufen ist (S. 936), dergestalt, daß beim Fortfall eines der Miterben den übrigen kraft Rechtsnotwendigkeit der Erbteil des Fortfallenden im Wege der Accrescenz anfällt.

In Frage kommen hierbei zB. folgende Fälle:

a. A hinterläßt zwei Söhne B und C. B schlägt aus; treten seine Kinder ein oder erhält C das Ganze?

b. A hinterläßt einen Bruder und seinen Vater als nächste Erben. Der Vater entsagt; geht sein Teil auf den noch lebenden Großvater über oder erhält der Bruder das Ganze?

c. A hinterläßt einen Bruder und einen Neffen. Der Bruder entsagt; geht sein Teil auf seine Kinder über oder erhält der Neffe das Ganze?

Nach BGB. tritt in den drei ersten Ordnungen beim Fortfall des an erster Stelle Berufenen Repräsentation, also successio graduum, ein (S. 954[10]), und Accrescenz an einen Mitberufenen erfolgt nur dann, wenn der Fortgefallene keine Nachkommen hinterläßt. Von der vierten Ordnung an findet dagegen, da hier der nähere Grad den ferneren ausschließt, beim Fortfall eines Berufenen Accrescenz an die übrigen Berufenen des gleichen Grades statt. Hier entscheidet also Gradesnähe.

Über das Anwachsungsrecht bei testamentarischer Erbfolge vgl. unten § 166 d, bei Vermächtnissen unten § 167 b 6.

„ordentlichen" Erbrechten der Verwandten laufen gewisse auf anderen Gesetzesvorschriften beruhende „außerordentliche" Erbrechte einher.

a. Erbrecht des Ehegatten.

Das prätorische Erbrecht des überlebenden Ehegatten ex edicto unde vir et uxor blieb neben der Novelle 118 zwar bestehen; der Ehegatte erbte nunmehr aber erst, wenn kein auch noch so entfernter Blutsverwandter vorhanden war, während er bisher nur von den Verwandten sechsten Grades und den Sobrinenkindern ausgeschlossen wurde. Eine gewisse Ausgleichung erhielt die Ehefrau durch die Ausbildung der donatio propter nuptias (S. 888).

Unter besonderen Voraussetzungen erhielt aber die Witwe durch Justinian (Nov. 53, 6 und 117, 5) neben Erben jeder Ordnung ein Erbrecht, das sogar unentziehbar, also ein Noterbrecht war.

Die arme, d. h. weder hinreichendes eigenes Vermögen besitzende, noch mit einer angemessenen Mitgift ausgestattete Witwe (mulier inops et indotata) erhält ein Viertel des Vermögens ihres Ehemanns (sog. Quart der armen Witwe), aber nie mehr als 100 Pfund Gold (S. 894) und, wenn sie mit mehr als 3 Nachkommen des Mannes erbt, nicht mehr als einen Kopfteil. Erbt sie ferner mit ihren eigenen Kindern (aus ihrer Ehe mit dem Erblasser), so erhält sie an ihrem Anteile nur den Nießbrauch. Ob die „arme Witwe" Erbe (also Universalsuccessor) oder nur gesetzlicher Vermächtnisnehmer ist, ist streitig[13].

[13]) Die Zurücksetzung des Ehegatten hinter allen, auch noch so entfernten Blutsverwandten widerspricht dem deutschen Empfinden. Partikularrechtlich wurde dem Ehegatten daher auch schon vor 1900 eine günstigere Stellung eingeräumt (D. § 95 c). Auch nach BGB. ist der Ehegatte neben allen Ordnungen zur gesetzlichen Erbfolge berufen (§ 1931), und zwar neben Abkömmlingen zu $^1/_4$, neben Verwandten der zweiten Ordnung und neben Großeltern zu $^1/_2$; alle übrigen Verwandten werden vom Ehegatten ausgeschlossen. Außer dem Erbteil erhält der Ehegatte neben Verwandten der zweiten Ordnung oder neben Großeltern noch den sog. Voraus (Haushaltungsgegenstände, Hochzeitsgeschenke, § 1932).

b. Erbrecht unehelicher Kinder.

Konkubinenkinder (S. 859[2]) mit Ausnahme der incestuosi erhalten nach Nov. 18, 5 und 89, 12 ff. zusammen mit ihrer Mutter $^1/_6$ des Nachlasses des unehelichen Vaters, wenn dieser sie anerkannt und weder eine Ehefrau noch eheliche Kinder hinterlassen hat. Unter denselben Voraussetzungen hat der uneheliche Vater ein Erbrecht gegen sein natürliches Kind[14]).

c. Quarta divi Pii.

Antoninus Pius gestattete die bis dahin unzulässige Arrogation eines gewaltfreien impubes (S. 915), bestimmte jedoch im Interesse des Arrogierten, daß dieser, wenn der Arrogierende ihn vor erreichter Mündigkeit ohne richterlich gebilligten Grund emanzipiert und so des ihm kraft der Arrogation zustehenden Erbrechts wieder beraubt hatte, ein Viertel (sog. Quarta divi Pii) des Nachlasses des Arrogierenden als gesetzlicher Vermächtnisnehmer erhalten sollte (I. 1, 11, 3).[15])

d. Erbrecht des Fiskus.

Nach altrömischer Auffassung war der Nachlaß, solange noch kein Erbe (voluntarius heres, S. 941) die Erbschaft angetreten hatte, also im Zeitraume der hereditas iacens (S. 988), herrenlos (res nullius). Es konnte also anfänglich jeder, ohne ein furtum zu begehen, den Nachlaß in Besitz nehmen und ersitzen (usucapio pro herede, S. 744[6]). Später wurde (durch ein SC. Iuventianum, unter Hadrian, 129 n. Chr., vermutlich dasselbe, das die hereditatis petitio neu ordnete, unten S. 999[6]) die usucapio

---

[14]) Ob dies Erbrecht sich nach Gem. R. auf alle unehelichen Kinder bezieht, ist bestritten. Das BGB. erkennt kein Erbrecht der unehelichen Kinder gegen ihren Erzeuger an.

[15]) Diese Besonderheit ist in das BGB., das nur eine Art von Kindesannahme kennt (S. 918[5]), nicht übergegangen. Nach §§ 1757 ff. wird durch die Annahme an Kindesstatt für das Kind, nicht aber für den Annehmenden ein gesetzliches Erbrecht begründet, das aber im Annahmevertrag ausgeschlossen werden kann (S. 919[5]).

pro herede dem Erben gegenüber für wirkungslos erklärt und durch eine oratio unter Mark Aurel sogar als crimen expilatae hereditatis bestraft. Danach wäre eine Besitznahme von Nachlaßgegenständen nur dann zulässig gewesen, wenn mangels jedes Erben (sog. usucapio sine herede) der Nachlaß wirklich herrenlos gewesen wäre. Das konnte aber im späteren rR. nie eintreten. Denn schon die lex Iulia et Papia Poppaea (D. 30, 96) berief in die bona vacantia (C. 10, 10), d. h. in einen Nachlaß, hinsichtlich dessen weder ein Testamentserbe noch ein Intestaterbe vorhanden war, den Fiskus, dessen Anspruch (vindicatio s. petitio hereditatis) gegen einen Okkupanten des Nachlasses jedoch binnen 4 Jahren, seitdem dem Fiskus die Anzeige von dem erbloſen Gut gemacht worden ist, verjährte (C. 7, 37, 1). Nach späteren Vorschriften (C. 6, 62) erhielt an Stelle des Fiskus den erbloſen Nachlaß eines decurio (S. 82) die curia, eines Geistlichen seine Kirche, eines Soldaten sein Regiment, eines Angehörigen gewisser Innungen (collegium naviculariorum, d. h. der Schiffer, und fabricensium, d. h. der kaiserlichen Waffenschmiede) die Innung; hatte der Erblasser ferner mit einem Anderen vom Landesherrn ein Geschenk erhalten, so fiel dieses statt an den Fiskus an den „socius liberalitatis imperialis“ (C. 10, 14, 1).

Der Fiskus war nach rR. — was freilich streitig ist (D. § 95[4]) — nicht Okkupant kraft seines Hoheitsrechts, sondern gesetzlicher Erbe, der allerdings kraft Gesetzes nur „cum viribus hereditatis“ haftete (D. 49, 14, 1, 1) und sich durch Veräußerung der Erbschaft als Ganzes von den Erbschaftsschulden befreite (C. 4, 39, 1). Sämtliche im Testamente angeordneten Vermächtnisse muß der Fiskus gleich dem Testamentserben leisten (D. 30, 96, 1).[16])

[16]) Nach BGB. § 1936 ist beim Mangel eines Verwandten oder Ehegatten eines deutschen Erblassers der Landesfiskus und falls der Erblasser unmittelbarer Reichsdeutscher war (Schutzgenosse oder Eingeborener der Schutzgebiete, D. § 23[6]), der Reichsfiskus gesetzlicher Erbe. Die Beerbung eines Ausländers richtet sich nach seinem Heimatsrecht (EG. Art. 25); vgl. §§ 1964 ff., 2011, 2104, EG. Art. 138, 139.

b. Beerbung der Hauskinder und Freigelassenen.

1. Beerbung der Hauskinder.

α. Bis auf Justinian fiel das peculium profecticium des Hauskindes (S. 906) bei seinem Tode ohne weiteres an den Vater zurück. Das peculium castrense und quasi castrense fiel beim Tode des Hauskindes, falls dieses von der Befugnis, darüber zu testieren (S. 906), keinen Gebrauch gemacht hatte, ebenfalls an den Vater, und zwar nicht als Erbschaft, sondern als Pekulium (postliminii cuiusdam similitudinis). Endlich erhielt der Vater anfänglich auch die bona adventicia, über die das Kind nicht testieren konnte; durch Theodosius II. und Valentinian III. wurden jedoch außer ihm auch die Descendenten, die Geschwister und die Mutter des Hauskindes berufen.

β. Nach der Novelle 118 vererbt sich das Vermögen der Hauskinder nach der gewöhnlichen Erbfolge. Nur behält der Vater, falls Descendenten des Hauskindes zur Erbfolge gelangen, den ihm auch schon zu Lebzeiten der Hauskinder zustehenden Nießbrauch an den bona adventicia (regularia, S. 907). Erbt er dagegen selbst neben Geschwistern des Erblassers, so erhält er an deren Erbteilen, auch wenn die Geschwister selbst noch seine Hauskinder sind, keinen Nießbrauch (Fall des adventicium irregulare, S. 908).

2. Beerbung der Freigelassenen.

α. Nach den 12 Tafeln wurde der libertus civis Romanus beerbt: zuerst von seinen sui, mangels solcher vom Patron und dessen agnatischen Nachkommen, an letzter Stelle von der gens des Patrons.

β. Zur bonorum possessio intestati eines Freigelassenen waren nacheinander 7 Klassen berufen, nämlich ex edicto:

a. unde liberi seine Nachkommen, Adoptivkinder aber nur zur Hälfte der Erbschaft, während die andere Hälfte dem Patron, seinen Söhnen oder deren Söhnen anfiel (b. p. partis dimidiae contra suos non naturales, G. 3, 41);

b. unde legitimi seine Civilintestaterben (oben α);

c. unde cognati die Blutsverwandten des Freigelassenen, soweit die Verwandtschaft nicht auf serviles cognationes (S. 862) beruht (D. 38, 8, 1, 2);

d. unde familia patroni die Agnaten des Patrons;

e. unde patronus patroni (item liberi et parentes patroni patronaeve) der Patron des Freilassers (und seine Familie), falls der Freilasser selbst ein Freigelassener war;

f. unde vir et uxor der überlebende Ehegatte des Verstorbenen;

g. unde cognati manumissoris die Blutsverwandten des Patrons.

γ. Nach justinianischem Recht sind an erster Stelle die Descendenten des Freigelassenen, auch die vor der Freilassung erzeugten, an zweiter Stelle der Patron, nach ihm seine Descendenten und Seitenverwandten bis zum 5. Grade berufen. Die Kinder des Freigelassenen beerbt nur der Patron persönlich und nur mangels irgendwelcher Verwandten derselben [17]).

3. Beerbung der Emanzipierten.

Auch der Quasipatron eines Emanzipierten (S. 212) hatte anfänglich das gleiche gesetzliche Erbrecht wie der Patron (oben 2). Nur wurde nach prätorischem Rechte vor die b. p. unde legitimi eine b. p. unde decem personae (der zehn nächsten Kognaten: pater, mater, filius, filia, avus, avia, nepos, neptis, frater, soror) eingeschoben, wo-

---

[17]) Bis auf Justinian, der die Unterschiede zwischen den verschiedenen Arten der Freigelassenen beseitigt hat, gelten noch Besonderheiten hinsichtlich:

a. der Latini Iuniani (S. 217[10]); denn diese „vivunt ut ingenui, moriuntur ut servi", ihr Nachlaß fällt wie ein peculium an den Freilasser oder seine Erben; deshalb sind sie auch testierunfähig;

b. der peregrini dediticii (S. 218[11]); diese werden, wenn sie ohne den ihre Zurücksetzung veranlassenden Umstand liberti cives Romani geworden sein würden, wie solche, wenn sie aber nur Latini Iuniani geworden wären, wie diese beerbt.

durch das gesetzliche Erbrecht eines extraneus manumissor zurückgedrängt wurde (I. 3, 9, 5).

Nach der Novelle 118 werden Emanzipierte nach der gewöhnlichen Erbfolgeordnung beerbt.

§ 160. Gewillkürte Erbfolge.

Außer dem Gesetz kommt, wie schon S. 936 bemerkt, der Wille des Erblassers als Grund der Berufung zur Erbfolge in Betracht. In welchen Formen und mit welcher Wirkung dieser Wille auftritt, das ist im einzelnen unten §§ 165 ff. zu erörtern. Hier sind (dem System des BGB. entsprechend, vgl. §§ 1937—1941) zunächst nur die Grundbegriffe der gewillkürten Erbfolge zu besprechen.

a. Testierfreiheit.

1. Die Befugnis des Römers, über sein Vermögen auf den Todesfall zu verfügen, ist schon in den 12 Tafeln anerkannt: uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto[1]). Eine Beschränkung der Testierfreiheit wird durch das Pflichtteilsrecht (unten § 171 b 2) herbeigeführt.

2. Eine Verfügung von Todes wegen kann nach rR. nur durch einseitige und daher bis zum Tode beliebig zu ändernde und zurückzunehmende Willenserklärung erfolgen. Dagegen ist nach rR. die vertragsmäßige Verpflichtung des Erblassers, über sein Vermögen in einer gewissen Weise von

---

[1]) Ob hierin eine Neuschaffung oder nur eine Bestätigung eines schon vorhandenen Rechtssatzes lag, ist streitig. Nach der einen Ansicht (Mommsen, Jhering) war nach ältestem rR. eine Abänderung der gesetzlichen Erbfolge nur auf Grund der Zustimmung der Kuriatkomitien, also kraft eines Spezialgesetzes, zulässig (daher die älteste Form des Testaments „calatis comitiis", S. 64 und unten § 169 c 1 α). Nach der anderen Ansicht (Karlowa) war der pater familias kraft seiner unumschränkten Gewalt über die Familie (S. 903) von Anfang an zur Verfügung über das Familienvermögen auch von Todes wegen befugt, und die Zuziehung der Komitien hatte nur die Bedeutung der öffentlichen Feststellung seiner Verfügung.

Todes wegen zu verfügen, als der Testierfreiheit und damit den guten Sitten widersprechend, nichtig. **Erbverträge** (unten § 170) sind daher nach rR. unzulässig (C. 2, 3, 15; 5, 14, 5; 8, 38, 4). Die Unwiderruflichkeit der vom Erblasser einmal getroffenen Anordnung kann auch nicht durch das Versprechen einer Vertragsstrafe (D. 45, 1, 61) oder durch Verzicht auf Widerruf (die sog. **derogatorische Klausel**) gesichert werden („ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum", D. 34, 4, 4).[2])

3. Auf die Befugnis zu testieren kann hiernach nicht verzichtet werden. Sie ist aber auch **unübertragbar**, vielmehr ein ius personalissimum des Testators. Eine Verfügung von Todes wegen kann daher nur vom Erblasser persönlich errichtet werden, Stellvertretung ist unzulässig (S. 342[6], ebenso BGB. § 2064); es kann ferner die Bestimmung der **Person**, die eine Zuwendung erhalten soll, sowie des **Gegenstands** der Zuwendung in der Regel nicht einem Andern überlassen werden (unten S. 1011).

b. Testament und Kodizill.

Für die hiernach allein zulässige einseitige Verfügung von Todes wegen hat das entwickelte rR. zwei Formen ausgebildet: das **Testament** (I 2, 10 und 2, 12, D. 28, 1 ff., C. 6, 22 ff.) und das **Kodizill** (I. 2, 25, D. 29, 7, C. 6, 36).

1. Das **Testament** (das nach I. 2, 10, pr. „ex eo appellatur, quod testatio mentis est", während sein Name

---

[2]) Im Gegensatze zum ältesten rR. ging das älteste deutsche Recht von der Unzulässigkeit der Verfügungen von Todes wegen aus; D. § 94 a. Im Mittelalter wurden dagegen nicht nur einseitige, sondern auch vertragsmäßige Verfügungen auf den Todesfall zugelassen. Auch das BGB. erkennt **einseitige Verfügungen von Todes wegen** (Testament, **letztwillige Verfügung**, § 1937) und **Erbverträge** (§ 1941) an. Ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder aufzuheben, ist aber auch nach BGB. nichtig (§ 2302) und kann auch nicht durch Festsetzung einer Vertragsstrafe verstärkt werden (§ 344).

in Wahrheit von der Zuziehung von Zeugen herkommt) ist eine Verfügung von Todes wegen, durch welche ein **Erbe** ernannt, d. h. jemandem der Nachlaß ganz oder zu einem Bruchteile zugewandt wird, dergestalt, daß der Eingesetzte **Gesamtnachfolger** des Erblassers wird (I. 2, 20, 34: testamenta vim ex institutione heredum accipiunt). Das **Kodizill**[3]) dagegen ist eine Verfügung von Todes wegen, durch welche nicht eine Erbeinsetzung angeordnet (D. 29, 7, 20), sondern eine andere Bestimmung auf den Todesfall getroffen, insbesondere eine Sondernachfolge hinsichtlich bestimmter Nachlaßgegenstände angeordnet wird (Vermächtnis, S. 967).[4])

Hiernach bildet das Kodizill nur die Ergänzung zu der anderweit geregelten Erbfolge, und zwar unterscheidet man, je nachdem das Kodizill sich einem Testament oder der gesetzlichen Erbfolge anschließt, **testamentarische** und **Intestatkodizille**. Unter den testamentarischen Kodizillen werden die codicilli testamento confirmati von den non confirmati unterschieden (D. 29, 7, 8, pr.). Kodizille, die der Testator in seinem Testamente bestätigt oder deren Abfassung er sich vorbehalten hatte, können nämlich auch civilrechtliche Anordnungen (Legate) enthalten, während die nichtkonfirmierten nur Fideikommisse enthalten dürfen (G. 2, 270 a); mit der Gleichstellung der Legate und Fideikommisse (S. 969) ist dieser Unterschied weggefallen. Keine Art von Kodizill kann jedoch Erbeinsetzungen oder Enterbungen aufnehmen;

---

[3]) Über die geschichtliche Entwickelung der Kodizille vgl. I. 2, 25, pr. Ante Augusti tempora constat ius codicillorum non fuisse, sed primus Lucius Lentulus, ex cuius persona etiam fideicommissa coeperunt (S. 968), codicillos introduxit. nam cum decederit in Africa, scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit per fideicommissum, ut faceret aliquid: et cum divus Augustus voluntatem eius implesset, deinceps reliqui auctoritatem eius secuti fideicommissa praestabant et filia Lentuli legata, quae iure non debebat, solvit.

[4]) Testamentum und codicillus bezeichnen übrigens nicht nur die mündlich oder schriftlich erfolgte Verfügung von Todes wegen selbst, sondern auch die darüber aufgenommene Urkunde (tabulae testamenti).

dazu bedarf es stets einer in die Form des Testaments gekleideten Anordnung („codicillis hereditas neque dari neque adimi potest"; I. 2, 25, 2, D. 29, 7, 10 u. 20).

Die in einem testamentarischen Kodizill enthaltenen Anordnungen werden als im Testamente selbst getroffen angesehen (D. 29, 7, 2, 2, sog. kodizillarische Fiktion). Die Rechtsbeständigkeit und Bedeutung der Anordnungen des Kodizills ist jedoch nach der Zeit seiner Errichtung zu beurteilen, nicht nach der Zeit der Testamentserrichtung.

2. Kodizille konnten ursprünglich formlos errichtet werden. Konstantin führte für Intestatkodizille die Testamentsform ein; später wird als besondere Kodizillarform die mündliche (codicilli nuncupativi) oder schriftliche Erklärung vor 5 Zeugen (nicht vor 7, wie beim Testamente) vorgeschrieben; unten § 169.

3. Nach dem vorstehenden sind die Kodizille an weniger strenge Voraussetzungen gebunden als die Testamente, einmal in materieller Beziehung, da das Kodizill nicht notwendig eine gültige Erbeinsetzung voraussetzt, andererseits auch in Ansehung der Form, da fünf Zeugen genügen. Eine Verfügung von Todes wegen, die aus einem bestimmten Grunde, zB. weil einem der zugezogenen Zeugen die Eigenschaft eines Testamentszeugen fehlte (unten § 169 c 2 β), als Testament ungültig ist, kann, falls sie wenigstens den Voraussetzungen eines Kodizills entspricht, die minderen Wirkungen eines Kodizills haben, sofern der Erblasser dem Testamente die sog. Kodizillarklausel beifügt[5]). Dann werden — da das

[5]) Die Kodizillarklausel wurde nicht, wie man früher annahm, „subintelligiert", sondern mußte in das Testament aufgenommen sein; es genügte freilich jede den Willen des Testators erkennbar machende Äußerung (D. 31, 88, 17). In Deutschland war die Formel üblich: „Dafern aber dieses mein Testament einiger Ursachen und Mängel halber von Rechts wegen nicht als ein solenner zierlicher letzter Wille oder zu Recht bestehendes Testament gelten oder kräftig sein sollte, so will ich doch, daß solches als ein testamentum nuncupativum, Kodizill, Fideikommiß, donatio mortis causa oder wie es sonst immer den Rechten nach am besten geschehen kann, gelten und kräftig sein soll". Es genügte aber auch die bei den Notaren übliche Abkürzung: „Dafern aber ꝛc. ꝛc." (sog. Clausula ceterata).

Kodizill keine Erbeinsetzungen und keine civilrechtlichen Vermächtnisse (Legate, s. u.) aufnehmen kann — die Erbeinsetzungen als Universalfideikommisse, die Vermächtnisse als Fideikommisse aufrechterhalten (Fall der Konversion; S. 316).

c. Arten letztwilliger Verfügungen.

1. Allgemeines.

Durch Verfügung von Todes wegen kann, wie schon S. 936 bemerkt, entweder eine Universalsuccession — durch Einsetzung als Allein- oder Miterbe —, oder eine Singularsuccession — durch Vermächtnis — herbeigeführt werden[6]). Vermächtnis (legatum) ist die Zuwendung eines Vermögensvorteils an eine Person — regelmäßig einen Nichterben, zuweilen aber auch an einen Erben (sog. Prälegat) — auf Kosten der Erbschaft. Der Bedachte (Honorierte, legatarius, Vermächtnisnehmer) hat also die Stellung eines Gläubigers dem Erben (oder beim Prälegate den übrigen Erben) als Schuldner (Onerierten, Belasteten) gegenüber. Während die Erbfolge eine unmittelbare und stets universale Nachfolge des Erben in den Nachlaß herbeiführt, begründet das Vermächtnis eine regelmäßig nur mittelbare (Ausnahme das unten § 167 b 2 zu besprechende Vindikationslegat) und singuläre Nachfolge (Ausnahme das Universalfideikommiß, Anm. 6).

Für das BGB. ist die Unterscheidung von Testament und Kodizill und damit auch die Kodizillarklausel bedeutungslos: jede einseitige letztwillige Verfügung, gleichgültig, ob in ihr eine Universalsuccession angeordnet, also ein Erbe berufen ist, oder nur sonstige einseitige Verfügungen auf den Todesfall enthalten sind, gilt als Testament und untersteht in formellen und materiellen Beziehungen den für Testamente gegebenen Vorschriften.

[6]) In der Form des S. 970 besprochenen Universalfideikommisses konnte seit dem SC. Trebellianum allerdings durch Vermächtnis auch eine Universalnachfolge herbeigeführt werden. Von der Erfolge unterschied sich die Nachfolge durch Universalfideikommiß dadurch, daß die Erbfolge die unmittelbare Nachfolge des Erben begründete, während beim Universalfideikommisse zunächst eine Mittelsperson (der Fiduziar, S. 970) die Erbschaft erwarb, der sie freilich dem Fideikommissar herauszugeben hatte, sodaß dieser nur mittelbarer Nachfolger des Erblassers wurde.

2. Legat und Fideikommiß.

Für Vermächtnisse gab es bis auf Justinian zwei Formen: legatum und fideicommissum.

Das Legat war die Vermächtnisform des alten Civilrechts. Es konnte nur in einem Testament und zwar mit lateinischen solennen Worten (civilibus imperativis verbis: „do lego") angeordnet werden, setzte also die Errichtung eines Testaments voraus und mußte der Erbeseinsetzung nachfolgen (G. 2, 229: Ante heredis institutionem inutiliter legatur). Ein Legat konnte ferner nur für Personen angeordnet werden, die die testamenti factio passiva (S. 1019) besaßen (vgl. G. 2, 268 ff.). Legte ein Erblasser, ohne ein Testament zu errichten, dem Intestaterben in einem Kodizille (S. 965) die Aushändigung gewisser Vermögensobjekte an bestimmte Personen auf, oder wollte er Personen, die nach ius civile nicht erbfähig waren (S. 938), etwas zuwenden, so konnte er nur den Erben ersuchen (precativis verbis: peto, rogo, volo, mando, fidei tuae committo, I. 2, 24, 3), seinen letzten Willen zu beachten. Ob der Erbe dies tat, blieb anfänglich seiner Gewissenhaftigkeit überlassen (fidei commissum). Erst seit Augustus, der selbst die Fideikommisse des L. Lentulus ausgeführt hatte (I. 2, 25, pr., S. 965[8]), gaben auch die — regelmäßig durch Kodizill angeordneten (S. 965) — Fideikommisse einen klagbaren Anspruch, der allerdings nicht im ordentlichen Verfahren, sondern nur extra ordinem (S. 168) geltend gemacht werden konnte, nämlich in Rom beim Konsul, später bei einem besonders bestellten praetor fideicommissarius, in den Provinzen beim praeses provinciae (I. 2, 23, 1). Abgesehen von dieser prozessualen Besonderheit erhielten sich noch bis auf Justinian zahlreiche (in G. 2, 268—288 und in Ulp. fragm. 25 aufgezählte) materielle Unterschiede zwischen Legat und Fideikommiß[7]).

---

[7]) ZB.: Legate können nur den Testamentserben auferlegt, nur in Testamenten oder konfirmierten (S. 965) Kodizillen, nur in lateinischer Sprache mit solennen Worten angeordnet werden; Fideikommisse können auch den Intestaterben und Vermächtnisnehmern, auch in nicht

Erst Justinian verschmolz in C. 6, 43, 2 Legat und Fideikommiß völlig mit einander: jedes Vermächtnis soll rechtsbeständig sein, sofern es auch nur den Voraussetzungen der Fideikommisse entspricht; es genügt also insbesondere die Kodizillarform[8]).

Über das Recht der Vermächtnisse im einzelnen vgl. unten § 167.

3. Universalvermächtnis.

α. Universallegat.

Eine bloße Singularsuccession trat nach vorjustinianischem Recht auch dann ein, wenn als Vermächtnis ein Bruchteil der Erbschaft bestimmt war (heres meus cum L. Titio hereditatem meam partitor dividito). Durch ein solches Universallegat (legatum partitionis, partitio legata) trat der Legatar (legatarius partiarius) in kein Verhältnis zu den Erbschaftsgläubigern, die sich vielmehr an den Erben als alleinigen Universalsuccessor halten mußten. Der Erbe mußte sich also bei Übereignung der Erbschaftsaktiva die anteilsweise Erstattung der von ihm zu tragenden Erbschaftsschulden von dem Legatar versprechen lassen (sog. stipulationes partis et pro parte). In das justin. R. ist das Partitionslegat nicht übergegangen; das Universalfideikommiß (β) trat an seine Stelle.

---

konfirmierten Kodizillen, ganz formlos und auch in einer fremden Sprache angeordnet werden. Die lex Voconia (S. 1019) bezieht sich nicht auf den Erwerb von Fideikommissen durch eine Frau. Ein Latinus Iunianus kann kein Legat, wohl aber ein Fideikommiß erwerben. Das Legat begründet eine strikte Verpflichtung, beim Fideikommiß kann die Verpflichtung des Beschwerten durch Verzug um Zinsen und Früchte erweitert werden.

Allmählich wurden die Unterschiede zwischen Legat und Fideikommiß gemildert: die Legate wurden auch ohne Verwendung bestimmter Wortformeln gültig (unten § 167 b); andererseits wurden die Fideikommisse durch das SC. Pegasianum gleich den Legaten dem Abzug der Falcidischen Quart unterworfen, und durch Justinian hinsichtlich der Rechtsbehelfe den Legaten gleichgestellt (unten § 167 f).

[8]) Bestehen blieb auch noch im justin. R. ein Unterschied zwischen der Freilassung durch Testament und der Freilassung durch Fideikommiß; S. 208.

β. Universalfideikommiß.

Nach rR. galt, wie unten näher erörtert ist, der Grundsatz semel heres, semper heres. Es war also unmöglich, mehrere Erben nach einander zu ernennen, in der Weise, daß der zuerst eintretende die Erbschaft von einem gewissen Zeitpunkt an oder beim Eintritt eines gewissen Ereignisses an den Nacherben herausgeben sollte. Da die Anordnung einer solchen Nacherbfolge jedoch aus wirtschaftlichen Gründen vielfach unentbehrlich war (zB. der kinderlose Erblasser wollte seinen Nachlaß seiner Frau für deren Lebenszeit zuwenden, ihn aber bei deren Tode seiner eigenen Familie zuführen), so half man sich durch die Zulassung eines sog. Universalfideikommisses oder Erbschaftsvermächtnisses. Hierbei erhielt der Erbe (als sog. Fiduziar) die Erbschaft, aber mit der — zuerst nur moralischen, seit Augustus aber im Wege der extraordinaria cognitio erzwingbaren (S. 968) — Verpflichtung, sie beim Eintritte des bestimmten Ereignisses dem nachgesetzten Erben (Fideikommissar) herauszugeben. Hierbei geriet aber der Fiduziar in eine schwierige Lage, insofern, als nur er als Universalsuccessor des Erblassers den Nachlaßgläubigern verpflichtet war. Der Fideikommissar dagegen hatte nur einen persönlichen Anspruch gegen den Fiduziar auf Herausgabe des Nachlasses beim Eintritte des Fideikommißfalls, und andererseits war er, da er eben nur mittelbarer Nachfolger des Erblassers war, den Erbschaftsgläubigern nicht verhaftet. Hatte der Fiduziar also den Aktivnachlaß dem Fideikommissar pflichtgemäß herausgegeben, dann lief er Gefahr, den Erbschaftsgläubigern trotzdem Zahlungen leisten zu müssen. Nun pflegte sich freilich der Fiduziar gleich einem Erbschaftsverkäufer die Erstattung etwaiger Auslagen von dem Fideikommissar versprechen zu lassen; damit war er jedoch gegen die Gläubiger nicht geschützt (G. 2, 252).

a. Diesem Übelstande wollte das SC. Trebellianum (I. 2, 23, D. 36, 1, C. 6, 49) unter Nero (62 n. Chr.) abhelfen. Es bestimmte (D. 36, 1, 1, 2), daß mit dem Augenblicke der Herausgabe des Nachlasses an den Fideikommissar dieser in jeder Beziehung, sowohl hinsichtlich der

Aktiva als der Passiva, an die Stelle des Fiduziars treten sollte. Dadurch wurde der Universalfideikommissar aus einem bloßen Legatar zum mittelbaren Erben, und der Grundsatz „semel heres, semper heres" war damit tatsächlich verlassen[9]).

b. Einen Rückschritt bedeutete das 75 n. Chr. unter Vespasian erlassene SC. Pegasianum. Dieser Senatsbeschluß dehnte, um den Erben zum Antritte der Erbschaft zu veranlassen (I. 2, 23, 5) zunächst das Recht der sog. Quarta Falcidia (unten § 167 f 2 β) auf Universalfideikommisse aus, d. h. der Fiduziar sollte dem Fideikommissar in gleicher Weise, wie der Erbe dem Legatar gegenüber, ein Viertel der Erbschaft zurückbehalten dürfen. Ferner konnte nach dem SC. Pegasianum der Fiduziar auf Antrag des Fideikommissars zum Erbschaftsantritte — von dem das Wirksamwerden des Universalfideikommisses als eines Vermächtnisses abhing — durch prätorischen Zwang angehalten werden, in welchem Fall ihm aber der Quartabzug nicht zustand. Trat nun aber der Fiduziar die Erbschaft mit dem Quartabzuge freiwillig an, dann sollten die Vorschriften des SC. Trebellianum nicht zur Anwendung kommen; der Fideikommissar hatte dann also, wie nach älterem Rechte, die Stellung eines bloßen Singularsuccessors, der Fiduziar blieb den Nachlaßgläubigern verhaftet und mußte sich (durch stipulationes ad exemplum emptae et venditae hereditatis) die Erstattung etwaiger Zahlungen an die Nachlaßgläubiger bei Restitution des Nachlasses vom Fideikommissar versprechen lassen. Nur wenn der Fiduziar sich vom Prätor zum Erbschaftsantritte zwingen ließ (später auch wenn er freiwillig, aber unter Verzicht auf die Quart antrat), trat der Fideikommissar mit der Restitution, wie nach dem SC. Trebellianum, völlig an die Stelle des Fiduziars.

---

[9]) Das BGB. hat den Grundsatz „semel heres, semper heres" nicht aufgenommen und gestattet, einen Erben als Nacherben in der Weise einzusetzen, daß er Erbe wird, nachdem zunächst ein anderer (Vorerbe) Erbe geworden ist (§ 2100, unten S. 1031[21] und § 168).

c. Justinian bestimmte unter Aufhebung des SC. Pegasianum (exploso SC. Pegasiano, I. 2, 23, 7), daß der Erbschaftserwerb sich nach den Vorschriften des SC. Trebellianum richten, der Fideikommissar also, soweit die Erbschaft ihm übermittelt wäre, als Universalsuccessor an die Stelle des Fiduziars treten sollte. Übernommen wurde aber aus dem Pegasianum der Zwang zum Erbschaftsantritt und das Recht zum Abzuge der Quarta die gemeinrechtlich unrichtig als „Quarta Trebellianica" bezeichnet wird. Das Nähere vgl. unten § 168.

4. Mortis causa capio[10]).

Ein Erwerb von Todes wegen kann nach rR. außer durch Erbeinsetzung und Vermächtnis auch noch auf andere Weise herbeigeführt werden. Hierhin gehören die folgenden Rechtsinstitute.

α. Donatio mortis causa (D. 39, 6, C. 8, 56).

a. Eine Schenkung von Todes wegen ist eine Schenkung, die an die Bedingung geknüpft ist, daß der Beschenkte den Schenker überlebt[11]). Sie enthält Bestandteile sowohl des Legats als auch der Schenkung unter Lebenden, stellt aber nach rR.[12]) ein von beiden unterschiedenes selbständiges Rechtsinstitut dar.

1) Die d. m. c. ist gleich der Schenkung unter Lebenden ein Vertrag. Sie erfordert also Vertragsfähigkeit

---

[10]) Vgl. D. 39, 6, 31, pr.: Mortis causa capitur, cum propter mortem alicuius capiendi occasio obvenit, exceptis his capiendi figuris, quae proprio nomine appellantur.

[11]) I. 2, 7, 1: Mortis causa donatio est, cum magis se quis velit habere, quam eum cui donatur, magisque eum cui donat, quam heredem suum; ferner D. 39, 6, 32: Non videtur perfecta donatio mortis causa facta, antequam mors insequatur.

[12]) BGB. § 2301 unterscheidet dagegen: auf ein Schenkungsversprechen, welches unter der Bedingung erteilt wird, daß der Beschenkte den Schenker überlebt, finden die Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen Anwendung. Vollzieht der Schenker jedoch die Schenkung durch Leistung des zugewendeten Gegenstands, so finden die Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden Anwendung.

(nicht Testamentsfähigkeit, D. 39, 6, 25, 1) und Annahme seitens des Beschenkten. Sie ist ferner — bei dem Mangel eines Onerierten — von dem Schicksal der Erbschaft unabhängig, fällt also nicht fort, wie das Vermächtnis, wenn das Testament destitut, d. h. keiner der berufenen Erben Erbe wird (unten § 167 d 2). Endlich gilt das auf Grund einer d. m. c. Erlangte als vom Erblasser übergeben, nicht als aus dem Nachlaß erlangt; der Erbe hat gegen den Beschenkten daher nicht das interdictum quod legatorum (D. 43, 3, 1, 5; unten § 167 f 2).

2) Die d. m. c. ist andererseits doch eine Verfügung von Todes wegen (D. 39, 6, 37, pr.). Sie steht den Legaten zB. hinsichtlich des Anwachsungsrechts (C. 6, 51, 1, 14), der Zurücksetzung gegenüber den auf entgeltlichen Geschäften beruhenden Nachlaßverbindlichkeiten (D. 39, 6, 17), der Verletzung des Pflichtteilsrechts (D. 38, 5, 1, 1) und der Quarta Falcidia (D. 31, 77, 1) gleich.

b. Nicht jede in Hinblick auf den Tod (oder ein bestimmtes gefahrbringendes Ereignis) erklärte Schenkung ist eine donatio mortis causa; es kann vielmehr auch eine donatio inter vivos unter Hervorhebung des (rechtlich bedeutungslosen) Beweggrundes gemeint sein (D. 39, 6, 27). Welche Art der Schenkung beabsichtigt ist, ist durch Auslegung zu ermitteln. Hat der Schenker sich bis zu seinem Tode den Widerruf vorbehalten, so wird in der Regel eine Schenkung von Todes wegen beabsichtigt sein; es ist jedoch auch eine d. m. c. unter Verzicht auf das Widerrufsrecht zulässig (D. 39, 6, 13, 1).

c. Die rechtlichen Besonderheiten der d. m. c. sind:

1) Da sie begrifflich an die Bedingung (condicio iuris, S. 321) geknüpft ist, daß der Schenker vor dem Beschenkten stirbt, so wird sie hinfällig, wenn der Beschenkte vor dem Schenker stirbt, geht also in diesem Falle auf die Erben des Beschenkten nicht über. Ist die Schenkung für den Fall des Todes des Schenkers in einer bestimmten Lebensgefahr (Krieg, Seereise) erklärt, so wird sie schon hinfällig, wenn der Schenker diese Gefahr überlebt (D. 39, 6,

2ff.). Bei gleichzeitigem Versterben des Schenkers und des Beschenkten bleibt die d. m. c. rechtsbeständig (D. 39, 6, 26; anders beim Legat).

2) Statt der Insinuation (S. 567) genügt seit Justinian bei Schenkungen von mehr als 500 solidi die Kodizillarform (C. 8, 56, 4); geringere Schenkungen sind formfrei.

3) Die d. m. c. ist — als grundsätzlich frei widerruflich — auch unter Ehegatten zulässig (S. 571).

4) Ist der geschenkte Gegenstand dem Beschenkten bereits bei Lebzeiten des Schenkers übergeben, so kann dies entweder so geschehen, daß der Beschenkte nur Detention, aber erst beim Tode des Schenkers Besitz und Eigentum erhalten soll oder so, daß der Beschenkte sogleich Eigentümer werden, der Gegenstand aber im Falle des Vorversterbens des Beschenkten an den Schenker zurückfallen soll (revokabeles Eigentum, S. 715). Im ersteren Falle ist der Eigentumsübergang durch das frühere Versterben des Schenkers suspensiv-bedingt, im letzteren Fall ist er resolutiv-bedingt, sodaß der Schenker im Falle des Todes des Beschenkten die rei vindicatio auf Herausgabe des Hingegebenen hat (D. 39, 6, 29). Die Absicht der Beteiligten kann aber im letzteren Fall — und das wird die Regel sein — auch dahin gehen, daß das zu Eigentum Hingegebene nicht von selbst mit dinglicher Wirkung an den Schenker zurückfallen, sondern dieser nur eine persönliche Klage (condictio causa data causa non secuta, D. 39, 6, 35, 3) haben soll.

β. Condicionis implendae causa datum.

Eine letztwillige Zuwendung an jemanden kann in der Weise geschehen, daß der Erblasser den Erben unter der Bedingung einsetzt, daß er einem Dritten etwas leistet (Numerius heres esto, si Titio centum dederit). Dann hat der Bedachte zwar nicht, wie ein Legatar, einen Anspruch auf das Zugewendete; der Erbe ist aber mittelbar zur Leistung gezwungen, denn nur so kann er die Erbschaft erwerben[13]).

[13]) In Rom wurde diese Rechtsform benutzt, um Personen, denen unmittelbar letztwillig nichts zugewendet werden konnte, besonders

Das condicionis implendae causa datum gilt hinsichtlich des Pflichtteilsrechts, der Quarta Falcidia, der Indignität, der Beschwerung mit einem Vermächtnis als Legat und unterscheidet sich von diesem nur dadurch, daß der Bedachte den bedingt Eingesetzten nicht zur Erfüllung zwingen kann.

γ. Zuwendung unter einer Auflage (modus).

α. Der Erblasser kann den Erben oder einen Vermächtnisnehmer zu einer Leistung verpflichten, ohne einem Anderen ein Recht auf die Leistung zuzuwenden (vgl. BGB. § 1940). Eine solche „Auflage" unterscheidet sich:

1) vom Vermächtnis dadurch, daß bei diesem der Vermächtnisnehmer einen Anspruch erhält, während bei der Auflage derjenige, zu dessen Gunsten sie gereicht, kein Recht hat, die Vollziehung zu verlangen (wenn auch vielleicht ein Anderer, s. u.); auch braucht ein durch die Auflage Begünstigter gar nicht vorhanden zu sein[14]);

2) von dem im Wege einer bedingten Einsetzung Zu-

---

wegen Inkapazität (S. 939), mittelbar eine Zuwendung zu machen. Später wurde diese Umgehung der Kapazitätsvorschriften verboten (D. 39, 6, 9 u. 36).

[14]) Verbindet der Erblasser mit einer Zuwendung eine gewisse Anordnung, so kann damit ein bloßer Rat (nudum praeceptum) gemeint sein; dann zieht diese Anordnung überhaupt keine Rechtsfolgen nach sich (D. 35, 1, 71, pr., zB. ich vermache meinem Neffen A 1000 Mk. zu einer Studienreise, zur Anschaffung eines Reitpferdes, zur Bezahlung seiner Schulden). Ein solches nudum praeceptum wird besonders dann regelmäßig vorliegen, wenn die Anordnung im Interesse des Honorierten selbst getroffen ist (sog. modus simplex oder causa impulsiva im Gegensatze zum modus qualificatus). Der Testator kann dem Bedachten aber auch eine rechtliche Verpflichtung haben auflegen wollen; vgl. zB. D. 30, 114, 14: Divi Severus et Antoninus rescripserunt eos, qui testamento vetant quid alienari nec causam exprimunt, propter quam id fieri velint, nisi invenitur persona, cuius respectu hoc a testatore dispositum est, nullius esse momenti scripturam, quasi nudum praeceptum reliquerint, quia talem legem testamento non possunt dicere: quod si liberis aut posteris aut libertis aut heredibus aut aliis quibusdam personis consulentes eiusmodi voluntatem significarent, eam servandam esse.

gewendeten, wobei der Bedachte ebenfalls keinen selbständigen Anspruch hat (S. 974), dadurch, daß in diesem Falle — nach dem Grundsatze (S. 321[2]): die Bedingung suspendiert, zwingt aber nicht, der Modus zwingt, suspendiert aber nicht — der Eingesetzte erst durch Erfüllung der Bedingung das ihm Zugewendete erhält, während die Zuwendung unter einer Auflage dem Bedachten ohne weiteres anfällt und es sich nur fragen kann, ob und wie er zur Erfüllung der Auflage veranlaßt werden kann.

b. Die Auflage kann, wie erwähnt, von dem Begünstigten, selbst wenn ein solcher vorhanden ist, nicht erzwungen werden, wohl aber unter Umständen von anderen[15]).

1) Ist der Modus einem Vermächtnisnehmer auferlegt, so können die Erben auf Vollziehung klagen. Sie können ferner die Ausantwortung des Vermächtnisses von der Leistung einer Sicherheit abhängig machen (D. 32, 19), auch das schon Geleistete zurückfordern (D. 33, 1, 21, 3; 33, 2, 17).

2) Beim Vorhandensein mehrerer Miterben kann ein jeder mit der actio familiae erciscundae auf Erfüllung des einem oder allen auferlegten Modus bestehen (D. 10, 2, 18, 2; 33, 1, 7).

3) Liegt ein öffentliches Interesse vor, so kann die zuständige Behörde die Erfüllung verlangen (D. 5, 3, 50, 1; ähnlich auch BGB. § 2194).

5. Sonstiger Inhalt letztwilliger Verfügungen.

Abgesehen von Erbeinsetzungen, Vermächtnisanordnungen und sonstigen Zuwendungen können letztwillige Verfügungen enthalten: Freilassungen (S. 208), Anordnungen über Be-

---

[15]) Eine Auflage kann insbesondere das Gedächtnis des Testators betreffen (Errichtung eines Grabmals) oder im Interesse des Publikums (Gestattung der Benutzung eines Parkes, einer Gemäldesammlung) oder für Tiere (Verpflegung der Hunde des Erblassers bis zu ihrem Ableben) getroffen sein; vgl. D. 35, 1, 17, 4: Quod si cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret, veluti monumentum testatori vel opus aut epulum (Mahl) municipibus faceret, vel ex eo ut partem alii restitueret: sub modo legatum videtur.

vormundung und Erziehung der Kinder (S. 922), über das Begräbnis und die Erhaltung des Grabes, Substitutionen (S. 1031) und Enterbungen (unten § 171).[16])

d. Leitende Grundsätze des Testamentsrechts.

Das römische Testamentrecht wird auch noch in jüngster Zeit von zwei Grundsätzen beherrscht, die ihre innere Begründung in dem das römische Erbrecht beherrschenden Prinzipe der Universalsuccession (S. 942) finden, sich historisch aber vermutlich aus dem Bedürfnisse der früheren Zeit entwickelt haben, die Erbregulierung, um sie nicht dem Verständnisse der Laiengeschworenen zu entrücken, möglichst einfach zu gestalten.

1. Nemo pro (oder ex) parte testatus, pro parte intestatus decedere potest (S. 942). Hat der Erblasser auch nur über einen Teil seines Nachlasses testiert, mit dem Willen, den Rest den Intestaterben zu überlassen, so erhalten die eingesetzten Erben dennoch mit Rechtsnotwendigkeit auch den Rest (D. 50, 17, 7, I. 2, 14, 5). Dieser Grundsatz wird jedoch aufgehoben, wenn ein Intestaterbe die Anfechtung des Testaments dem einen der eingesetzten Erben gegenüber durchgesetzt hat, während er dem anderen gegenüber unterlegen ist. Dann tritt der An-

---

[16]) Nach modernem Recht kann der Erblasser die Ausführung seines letzten Willens und die ordnungsmäßige Aufteilung des Nachlasses dadurch sichern, daß er einen Testamentsvollstrecker (erogator, executor ultimarum voluntatum) ernennt. Dieses Institut erhielt seine Ausbildung in Deutschland (Treuhänder oder Salmannen, zuerst zwecks Ausrichtung der Vergabungen pro salute animarum, der „Seelgeräte"). Freilich kam es bereits in Rom vereinzelt vor, daß der Erblasser Vertrauenspersonen, insbesondere einzelnen Miterben, die Ausrichtung gewisser Angelegenheiten auftrug (D. 31, 88, 1: A te peto, Titi, fideique tuae committo, uti curam condendi corporis mei suscipias, et pro hoc tot aureos e medio praecipito; vgl. D. 36, 1, 80, 1). In der christlichen Kaiserzeit wurde die Fürsorge für die Vollstreckung testamentarischer Anordnungen zu frommen Zwecken häufig kirchlichen Vertrauenspersonen übertragen; nötigenfalls hatte der Bischof für die Vollziehung zu sorgen (C. 1, 3, 28, Nov. 131). Von einem einheitlichen Institute der Testamentsvollstreckung, wie nach BGB. §§ 2197—2228, kann jedoch nach rR. keine Rede sein.

fechtende als Intestaterbe neben den Testamentserben (D. 5, 2, 15, 2).

2. Nemo cum duobus testamentis decedere potest. Das spätere Testament hebt also das frühere schon durch sein bloßes Vorhandensein auf, auch wenn es — z.B. wegen Entsagung seitens des eingesetzten Erben — garnicht wirksam wird (Posteriore testamento, quod iure perfectum est, superius rumpitur, I. 2, 17, 2).

Jedoch gibt der Prätor aus zwei gleichzeitigen Testamenten bonorum possessio (secundum tabulas), indem beide als ein Testament behandelt werden (D. 37, 11, 1, 6).

Beide Regeln gelten nicht für das auch sonst vielfach bevorzugte Militärtestament (unten § 169 c 2 β b), sondern nur für die Testamente der Civilisten (pagani).[17])

[17]) Beide Regeln sind vom BGB. aufgegeben worden; vgl. §§ 2088 (unten S. 1024), 2258 (unten § 169 d 2 α).

Zweiter Abschnitt.
Rechtliche Stellung des Erben
(BGB. §§ 1942—2063).

§ 161. Erwerb der Erbschaft[1]).

a. Erwerb der hereditas und der bonorum possessio.

1. Erwerb der hereditas.

Wie schon S. 941 dargelegt, war für den Erwerb einer Erbschaft auf Grund des Civilrechts (hereditas) zwischen domestici und extranei heredes zu unterscheiden (G. 2, 152 ff.).

α. Hauskinder (sui heredes)[2]) und mit der Frei-

[1]) Vgl. D. 28, 8: De iure deliberandi, D. 29, 2: De adquirenda vel omittenda hereditate; C. 6, 30: De iure deliberandi et de adeunda vel adquirenda hereditate, C. 6, 31: De repudianda vel abstinenda hereditate.

[2]) Zu den sui gehören auch die uxor in manu des Erblassers oder seines Haussohnes (S. 869) sowie der postumus suus, d. h. ein beim Tode des pater familias erzeugter, aber erst später geborener Abkömmling, der der patria potestas des Erblassers unterfallen wäre, wenn dieser den Geburtsfall erlebt hätte. Sui heredes sind jedoch an sich nicht alle Gewaltunterworfenen, sondern nur diejenigen, die durch den Tod des Erblassers gewaltfrei werden, also nicht zB. die Kinder eines hausabhängigen Sohnes (G. 2, 157). Ipso iure erwerben die Erbschaft aber auch solche Hausgenossen, die nicht unmittelbare sui sind und nicht durch das Gesetz, sondern durch Testament des Hausvaters zu dessen Erbschaft berufen werden; vgl. D. 29, 2, 6, 5: Interdum filii familias et sine aditione adquirent hereditatem

heit eingesetzte Hausſklaven[3]) (necessarii heredes) erwerben die Erbschaft ipso iure ohne ihr Wissen und ohne einen Willen äußern zu brauchen. Den domestici heredes fällt die Erbschaft daher auch zu, wenn sie geschäftsunfähig sind (I. 3, 1, 3). Ja sie haben nach älterem Rechte gar keine Möglichkeit, den Erwerb der Erbschaft abzuwenden. Erst durch das prätorische Recht wurde diese Folge gemildert.

a. Wollte der Erblasser seine sui vor der Gefahr schützen, bei überschuldetem Nachlasse die Nachlaßschulden mit dem eigenen Vermögen decken zu müssen, so konnte er dies anfänglich nur dadurch bewirken, daß er sie unter einer Potestativbedingung zu Erben einsetzte (D. 28, 7, 12: „si volet, heres esto"). Dann konnten die sui durch Erklärung ihres Nichtwollens sich der Erbschaft entziehen, falls diese hierdurch nicht erblos wurde. Um letzteres zu vermeiden, pflegte der Erblasser den sui einen mit der Freiheit eingesetzten Hausſklaven zu substituieren; denn dieser mußte Erbe werden.

Erst durch das prätorische Recht erhalten die sui die Möglichkeit, die Erbschaft auszuschlagen (beneficium abstinendi). Dieses Recht geht für puberes, nicht aber für impuberes, verloren, sobald sie die Erbschaft an sich genommen haben (se immiscuerint hereditati, D. 29, 2, 57, pr.); puberes minores können jedoch gegen die Übernahme einer damnosa hereditas die in integrum restitutio beanspruchen (D. 29, 2, 57, 1). Der Abstinierende

---

his in quorum sunt potestate, ut puta si nepos ex filio exheredato heres sit institutus: patrem enim suum sine aditione faciet heredem et quidem necessarium.

Der innere Grund dafür, daß die sui die Erbschaft des pater familias ohne weiteres erwarben, war der, daß die Hauskinder schon bei Lebzeiten des Vaters als Mitberechtigte am Familienvermögen betrachtet wurden, sodaß sie „post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur" (D. 28, 2, 11), eine Auffassung, die mit dem deutschrechtlichen Wartrechte (D. § 96 b) Berührungspunkte hat.

[3]) Wird ein fremder Sklave durch Testament zum Erben eingesetzt, was zulässig ist (S. 938), dann erwirbt er die Erbschaft durch Antretung iussu domini.

kann innerhalb von drei Jahren die Erbschaft wieder annehmen, falls sie noch als solche vorhanden ist (D. 28, 8, 8, C. 6, 31, 6). Den sui können zur Erklärung über die Abstinenz auf Betreiben der Nachlaßgläubiger die gleichen Fristen gestellt werden, wie den fremden Erben zur Erklärung über den Antritt der Erbschaft (S. 983). Durch die Ausschlagung der Erbschaft wird bewirkt, daß nunmehr die nachfolgenden Erben (als Substituten, Miterben, Intestaterben) die Erbschaft erlangen können (D. 30, 89; 42, 1, 44).

b. Dem Sklaven ist das beneficium abstinendi versagt. Er wird also notwendig Erbe und der Konkurs wird, wenn die Erbschaft überschuldet ist, auf seinen Namen eröffnet. Die Einsetzung von Haussklaven erfolgte seitens überschuldeter Erblasser vielfach gerade zu dem Zweck, um den Schimpf eines Nachlaßkonkurses auf den Namen des Erblassers zu vermeiden. Der Sklave hat aber das beneficium separationis, d. h. er haftet für die Erbschaftsschulden nur mit den Erbschaftssachen, nicht mit dem von ihm als Freigelassenen neu erworbenen Vermögen.

β. Erben, die nicht in der Hausgewalt des Erblassers gestanden hatten, erwerben die Erbschaft nur durch ihren hierauf gerichteten Willen, durch Antretung der Erbschaft (aditio hereditatis).

a. Nach älterem Rechte konnte der Erblasser durch Testament vorschreiben, daß der Erbe sich über Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft in rechtsförmlicher Weise durch Erklärung vor Zeugen binnen einer bestimmten Frist äußern müsse (sog. cretio, G. 2, 164 ff.: cernere est quasi decernere et constituere: „Quod me P. Mevius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque"). Die Frist von regelmäßig 100 Tagen lief entweder vom Todestage (cretio certorum dierum, cretio continua) oder von der Kenntnis von der Berufung an (cretio vulgaris). War bei Fristversäumung exheredatio angeordnet, so lag cretio perfecta, sonst imperfecta vor. Unter Arkadius und Honorius (407 n. Chr.) wurde „cretionum scrupulosa sollemnitas" beseitigt (C. 6, 30, 17) und nach justin. R. kann der Erbschaftsantritt ebenso-

wohl (I. 2, 19, 7) ausdrücklich (aditio) als stillschweigend (durch konkludente Handlungen: Inbesitznahme des Nachlasses, Einziehung von Nachlaßforderungen, Bezahlung von Nachlaßschulden, sog. pro herede gestio, I. 2, 19, 7, D. 29, 2, 20) erklärt werden[4]).

b. Da der Entschluß über Antretung (aditio) und Ablehnung (repudiatio) einer angetragenen Erbschaft unwiderruflich ist (C. 6, 31, 3),[4a]) so enthält das rR. gewisse Vorschriften, die eine Übereilung des Erklärenden verhindern sollten. Dies war um so notwendiger, als bis zur Einführung des beneficium inventarii durch Justinian (unten § 162a) der Erbe unbedingt für die gesamten Erbschaftsschulden haftete.

1) Die Erklärung ist nicht vor der Berufung zur Erbschaft (delatio hereditatis) zulässig, also keinesfalls vor dem Tode des Erblassers, häufig aber erst zu einem späteren Zeitpunkte, zB. bei bedingter oder erst in zweiter Linie erfolgter Berufung (D. 29, 2, 21, 2; BGB. § 1946).

2) Der Berufene („Delat") muß wissen, daß und aus welchem Grunde (Gesetz oder letztwillige Verfügung) er berufen ist, ferner, ob als Alleinerbe („ex asse", S. 942[6]) oder nur zu einem Bruchteile (I. 2, 19, 7; D. 29, 2, 17; BGB. § 1949). Ungewißheit über den Tod des Erblassers, über die Bedingung, an die die Erbeinsetzung geknüpft ist, machen die Antrittserklärung nichtig (D. 29, 2, 32).

---

[4]) Nicht stets bedeuten diese Vorgänge freilich, daß der Handelnde Erbe sein will: ceterum si quid pietatis causa fecit, si quid custodiae causa fecit, si quid quasi non heres egit, sed quasi alio iure dominus, apparet non videri pro herede gessisse (D. 29, 2, 20, pr.). In derartigen Fällen kann sich der Handelnde gegen die Unterstellung einer pro herede gestio durch eine Protestation (S. 303) schützen (D. 29, 2, 20, 1).

[4a]) Doch können Willensmängel die Erklärung nichtig (so Irrtum über die Identität der Erbschaft, nicht aber über deren Solvenz. D. 29, 2, 8, pr.) oder anfechtbar machen (so Zwang, D. 4, 2, 21, 5). Veranlaßt ein Erbschaftsgläubiger den Erben durch Betrug zur Antretung, so haftet er mit der actio doli, und seiner Klage steht die exceptio doli entgegen. Vgl. BGB. §§ 1954—1957.

3) Die Erklärung des Berufenen ist kraft Gesetzes nicht an eine Frist geknüpft. Die usucapio pro herede, die ehemals auf eine baldige Erklärung des Erben hinwirkte, war später fortgefallen (S. 744[6]). Damit nun die Gläubiger nicht dauernd im ungewissen bleiben, an wen sie sich als Erben halten können, dürfen sie den Berufenen durch interrogatio in iure zu einer Erklärung veranlassen (D. 11, 1, 2—6). Erklärt der Berufene sich nicht, so können die Gläubiger die Eröffnung des Nachlaßkonkurses beantragen. Der Berufene braucht sich jedoch nicht sogleich zu entscheiden, sondern kann vom Prätor ein spatium deliberandi erbitten, das vor Justinian regelmäßig 100 Tage betrug und dessen Versäumung als Ausschlagung der Erbschaft galt (l. 1 § 1 u. 2 l. 2 D. 28, 8). Justinian ordnete an (C. 6, 30, 22, 13 u. 14), daß der Richter eine Überlegungszeit von höchstens neun Monaten, der Kaiser von höchstens einem Jahre gewähren könnte, und daß bei Verabsäumung der Abgabe einer Erklärung innerhalb der Deliberationsfrist die Erbschaft als angetreten gelten sollte. Der Berufene, der mit Erbittung einer Erklärungsfrist antrat, haftete (wegen der innerhalb der Frist ermöglichten Unterschleife) stets persönlich für die Erbschaftsschulden, ohne das beneficium inventarii für sich in Anspruch nehmen zu können (unten S. 994).

c. Treffen für jemanden mehrere Berufungsgründe zusammen, ist zB. der nächste Intestaterbe durch Testament berufen, so hat er die Wahl, aus welchem Berufungsgrunde er annehmen will; der im Testament eingesetzte Intestaterbe kann zB. aus dem Testament ausschlagen und ab intestato annehmen (D. 29, 2, 17, 1). Da nach rR. die Rechtsbeständigkeit der Vermächtnisse davon abhing, daß der im Testament eingesetzte Erbe aus dem Testament antrat, so konnte sich der im Testament eingesetzte Intestaterbe anfänglich von der Entrichtung der Vermächtnisse dadurch befreien, daß er ab intestato antrat. Dieser dolosen Handlungsweise trat jedoch der Prätor entgegen in dem Edikt (D. 29, 4, C. 6, 39): Si quis omissa causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat heredi-

tatem (sc. „causa cognita de legatis perinde actionem dabo atque si hereditatem ex testamento adisset"). [5])

Ist jemand zu mehreren Erbteilen berufen (zB. wegen mehrfacher Verwandtschaft), so kann er nur alle zusammen annehmen oder ausschlagen (cum sit absurdum eiusdem hereditatis partem quidem agnoscere, partem vero respuere, C. 6, 51, 1, 10 b; ähnlich BGB. § 1951).

b. Der Antritt der Erbschaft erfordert einen Willensentschluß des Berufenen und kann wegen der sich aus dem Antritt ergebenden Haftung für die Nachlaßschulden selbständig nur von einem Geschäftsfähigen erklärt werden. Der impubes bedarf deshalb der auctoritatis interpositio tutoris, der pubes, solange er minderjährig ist, des consensus curatoris (S. 278). Dagegen kann der Verschwender selbständig antreten (D. 29, 2, 5, 1). Der Berufene muß seine Erklärung ferner persönlich abgeben (D. 29, 2, 90, pr.), daher ist Vertretung im Willen unzulässig, und ein noch nicht 7 Jahre altes Kind sowie ein Wahnsinniger können deshalb überhaupt nicht antreten. Für Kinder wird später Vertretung durch den Vater oder Vormund zugelassen (C. 6, 30, 18, pr. u. 2, S. 277); für Wahnsinnige aber kann ihr Kurator auch nach justinianischem Rechte nur eine vorläufige bonorum possessio (furiosi nomine, S. 990) erwerben (D. 29, 2, 63, C. 5, 70, 7).

c. Die Erbschaft muß so angetreten werden, wie sie deferiert ist; daher gilt teilweise Antretung der Erbschaft als Antretung der ganzen (D. 29, 2, 10, anders BGB. § 1950). Die aditio hereditatis gehört ferner zu den actus legitimi, wird also durch Beifügung einer Bedingung (zB. der Zulänglichkeit des Nachlasses, D. 29, 2, 51, 2) oder Befristung nichtig (S. 323; BGB. § 1947).

---

[5]) Nach BGB. § 1948 kann der als Testamentserbe berufene Intestaterbe zwar auch die Erbschaft als eingesetzter Erbe ausschlagen und als gesetzlicher annehmen; die Vermächtnisse und Auflagen muß er aber in jedem Falle erfüllen (§§ 2161, 2192).

2. Erwerb der bonorum possessio.

Die bonorum possessio, also die auf das prätorische Recht gestützte Erbfolge, muß in allen Fällen, auch seitens der Hausgenossen, beim Prätor erbeten werden (agnitio) und zwar binnen bestimmter gesetzlicher Ausschlußfrist, die für Ascendenten und Descendenten des Erblassers einen annus utilis, für sonstige Erben 100 dies utiles beträgt[6]).

b. Transmissionsfälle.

Da für die extranei heredes die delatio und die acquisitio hereditatis zeitlich auseinander fallen, so fragt es sich, ob das Recht aus der Berufung sich vererbt, falls der Delat nach der Berufung, aber vor dem Antritte stirbt. Regel ist, daß das Recht aus der Delation höchstpersönlich und daher nicht vererblich ist (C. 6, 51, 1, 5: hereditatem etenim, nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant nec nos patimur, S. 941). Als Ausnahme wird jedoch, um der Familie des Berufenen die Erbschaft zu erhalten, unter bestimmten Voraussetzungen das Recht auf Annahme einer angefallenen Erbschaft auf den Erben des Berufenen übertragen, „transmittiert" (sog. Transmissionsfälle). Die Transmission gilt als Vererbung einer bereits erfolgten Berufung, nicht als neue Berufung; daher gelangt der Ersatzerbe (Vulgarsubstitut, unten S. 1032)

---

[6]) Die verschiedenen Voraussetzungen des Erwerbs der hereditas und der bonorum possessio erhielten sich noch im justin. R., sind aber nicht in das Gem. R. übergegangen. In diesem ist nur zu unterscheiden zwischen dem Erbschaftserwerb der Hauskinder, der ipso iure eintritt, und dem der übrigen Erben, der einen Erbschaftsantritt voraussetzt. Im BGB. ist auch dieser Unterschied fortgefallen: jeder Erbe erwirbt das Vermögen des Erblassers mit dessen Tode, unbeschadet seines Rechts, die Erbschaft auszuschlagen (§§ 1922, 1942, S. 940). Die Ausschlagungsfrist beträgt regelmäßig 6 Wochen von Kenntnis des Anfalls und des Berufungsgrundes an; wenn der Erblasser aber im Auslande wohnt oder der Erbe sich beim Beginn der Frist im Auslande aufhält, 6 Monate (§ 1944). Die Ausschlagung erfolgt (§ 1945) durch öffentlich beglaubigte Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht (das ist regelmäßig das Amtsgericht des letzten Wohnsitzes des Erblassers, FrG. §§ 72, 73).

des Berufenen nicht zur Erbfolge, falls Transmission eintritt („Transmission geht vor Substitution").

α. Die Transmissionsfälle sind:

a. Transmissio ex capite in integrum restitutionis.

1) Verliert der Berufene bei Lebzeiten infolge eines Grundes, der zur Restitution berechtigt, das Recht des Antritts der Erbschaft, so kann sein Erbe innerhalb der Restitutionsfrist die Wiedereinsetzung statt des Berufenen geltend machen (D. 4, 4, 24, 2).

2) Wenn der Berufene durch seinen Tod an dem Erbschaftsantritt verhindert worden ist und bei Lebzeiten den Erbschaftsantritt unter Umständen unterlassen hat, welche ihn zum Verlangen auf Wiedereinsetzung gegen die Versäumung berechtigt haben würden, zB. wenn der Berufene in Staatsgeschäften abwesend war (D. 29, 2, 86, pr.), so können seine Erben die Restitution verlangen.

b. Transmissio ex capite infantiae.

Ist ein — zum Erbschaftserwerbe nach älterem Recht auch nicht durch den gesetzlichen Vertreter befähigtes, S. 984 — Kind unter 7 Jahren zur Erbschaft berufen, so kann, wenn es vor dem Erwerbe stirbt, der Vater, selbst wenn er nicht die patria potestas über das Kind hat, die Erbschaft für sich erwerben (Theodosius II. und Valentinian III. in C. 6, 30, 18, 1 ff.)

c. Transmissio Theodosiana.

Nach der l. un. C. de his qui ante apertas tabulas hereditates transmittunt 6, 52 (von Theodosius II. und Valentinian III., 450 n. Chr.) sollen die in einem Testamente berufenen Abkömmlinge des Erblassers, wenn sie nach diesem, aber vor Eröffnung des Testaments (also bevor sie von diesem Berufungsgrunde Kenntnis hatten und daher die Erbschaft antreten konnten, S. 982) sterben, ihren Erbteil auf ihre Abkömmlinge vererben. Da durch diese Vorschrift die Erbfolge weiterer Abkömmlinge in den Nachlaß der Vorfahren gesichert werden soll, so dehnte die herrschende

Meinung sie auch auf den Fall aus, daß einer der eingesetzten Abkömmlinge nach der Testamentseröffnung, aber vor dem Erwerbe der Erbschaft stirbt.

b. Transmissio Iustinianea.

Endlich beseitigt Justinian (C. 6, 30, 19) den Grundsatz der Unvererblichkeit der Delation fast völlig durch die Vorschrift, daß, wenn der Berufene vor Ablauf eines Jahres seit Kenntnis von der Berufung oder innerhalb der Überlegungsfrist (von 9 Monaten, S. 983) stirbt, ohne die Erbschaft ausgeschlagen zu haben, der Rest dieser Fristen jedem Erben zu statten kommen soll.

β. Keine eigentlichen Transmissionsfälle sind:

a. die sog. transmissio ex capite suitatis, d. h. der Grundsatz der Vererblichkeit der einem Hauskinde deferierten Erbschaft; denn deren Erwerb erfolgte ohne Antretung mit dem Tode des pater familias (C. 6, 55, 8; S. 980);[7])

b. die sog. transmissio ex iure patrio, d. h. der von Justinian (C. 6, 61, 8) eingeführte Grundsatz, daß der Gewalthaber die von einem geschäftsfähigen Hauskind ausgeschlagene Erbschaft für sich erwerben könne; denn zum Begriffe jeder Transmission gehört, daß eine successio in delationem eintritt, von der nach Ablehnung der Delation seitens des Hauskinds keine Rede mehr ist[8]).

---

[7]) Aus dem gleichen Grunde sind nach BGB., da nach diesem jede Erbschaft ohne Antretung erworben wird (S. 940), Transmissionsfälle überhaupt undenkbar.

[8]) Von Transmission spricht man nur bei Vererbung des Rechts aus der Berufung, nicht bei Veräußerung desselben. Eine Veräußerung einer deferierten, aber noch nicht erworbenen legitima hereditas (ab intestato) war nach vorjustinianischem Recht in der Form der in iure cessio zulässig (G. 2, 35 ff.; 3, 85). Hierbei trat der Erwerber in Ansehung der Pflichten und Rechte völlig an die Stelle des Berufenen. Die Cession der Erbschaft seitens der necessarii heredes und der Testamentserben war nichtig. Im justin. R. dagegen findet sich nur noch die Veräußerung einer bereits erworbenen Erbschaft durch Erbschaftskauf, wobei der Käufer nur im Verhältnisse zum Verkäufer (dem Erben), nicht aber auch zu dritten an die Stelle des Erben tritt. Hierüber vgl. unten § 173.

c. Hereditas iacens.

Im Falle der Berufung von extranei heredes tritt in der Zeit zwischem dem Erbfall, also dem frühesten Zeitpunkte der Berufung, und dem Augenblicke des endgültigen Erwerbs ein Zustand der Ungewißheit über das künftige Schicksal der Erbschaft ein. Die Erbschaft „ruht" gewissermaßen in der Zwischenzeit (hereditas iacet, vgl. D. 43, 24, 13, 5). Die Behandlung der hereditas iacens hat gewechselt.

α. Nach älterem Rechte galt sie als herrenlos. So erklärt sich die S. 744[6] besprochene usucapio pro herede, welche daher gegenüber einem suus nicht galt, da dieser unmittelbar durch die Berufung erwarb, sodaß ein Zwischenzustand nicht entstand (continuatio dominii, D. 28, 2, 11; S. 980).

β. Später wurde die Anschauung von der Herrenlosigkeit der hereditas iacens überhaupt aufgegeben. Man fingierte einerseits (sog. repräsentative Fiktion), daß die Rechtspersönlichkeit des Erblassers sich in dessen Nachlaß solange fortsetze, bis dieser in das Vermögen des Erben übergegangen sei (I. 2, 14, 2: nondum enim adita hereditas personae vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti; vgl. S. 239[11]). Andererseits wurde (sog. retroaktive Fiktion, Grundsatz der Kontinuität der Beerbung) der Erwerb der Erbschaft auf den Todestag des Erblassers zurückbezogen (D. 29, 2, 54: heres quandoque adeundo hereditatem iam tunc a morte successisse defuncto intellegitur; vgl. D. 50, 17, 138, pr.).

Der neueren Auffassung entsprechend wurde der usucapio pro herede (durch ein SC. Iuventianum, S. 744[6]) die Wirksamkeit gegenüber dem berufenen Erben entzogen und ferner die unbefugte Inbesitznahme von Erbschaftssachen (durch eine oratio Mark Aurels) als crimen expilatae hereditatis für strafbar erklärt.

Da die hereditas iacens sonach nicht herrenlos ist, kann der Nachlaß zwischen Berufung und Antritt sich auch vermehren und vermindern (accessionem et deminutionem recipit), zB. durch Fruchterwerb (D. 5, 3, 20, 5 ff.),

Vollendung einer Ersitzung (D. 41, 3, 40), Rechtsgeschäfte der Erbschaftssklaven (D. 3, 5, 3, 6; 50, 16, 178, 1).[9])

d. Vorläufiger Erbschaftserwerb.

In einigen Fällen erhalten gewisse Personen (durch bonorum possessio decretalis, S. 946) den vorläufigen Besitz der Erbschaft, teils weil sie die vermutlichen Erben sind, teils um ihnen oder den von ihnen vertretenen Personen ein zukünftiges Erbrecht zu sichern.

1. Wer in einem äußerlich fehlerfreien Testamente (test. prima facie s. figura iustum) als Erbe eingesetzt ist, kann Einweisung in den Besitz aller Nachlaßsachen beanspruchen; sog. missio ex edicto Hadriani oder remedium ex lege ultima Codicis de edicto divi Hadriani tollendo[10]). Die Herausgabe der Nachlaßsachen kann in diesem Verfahren wegen angeblicher Ungültigkeit des Testaments nicht verweigert werden; der Erbschaftsprätendent muß vielmehr seinerseits mit der hereditatis petitio klagen.

2. Nimmt ein Unmündiger eine Erbschaft als Kind des Erblassers in Anspruch und wird ihm die Kindeseigen-

---

[9]) Der Begriff der ruhenden Erbschaft ist dem BGB., da nach diesem Erwerb und Berufung zusammen fallen, fremd. Immerhin tritt auch nach BGB. bis zur Entscheidung, ob der Berufene die Erbschaft nicht ausschlagen wird, ein Zeitraum der Ungewißheit ein; vgl. daher §§ 1958 ff.

[10]) Vgl. C. 6, 33, 3: . . . sancimus, ut, si quis heres ex asse vel ex parte competenti iudici testamentum ostenderit non cancellatum neque abolitum neque ex quacumque suae formae parte vitiatum, sed quod prima figura sine omni vituperatione appareat et depositionibus testium legitimi numeri vallatum sit, mittatur quidem in possessionem earum rerum, quae testatoris mortis tempore fuerunt, non autem legitimo modo ab alio detinentur, et eam cum testificatione publicarum personarum accipiat. Hadrian hatte zur Ermöglichung einer beschleunigten Einziehung der Erbschaftssteuer (vicesima hereditatum, S. 87[1]) den Antrag auf Einweisung nur binnen Jahresfrist zugelassen. Diese Präklusivfrist beseitigte Justinian in der l. 3 C. 6, 33, da die Erbschaftssteuer schon seit Konstantin fortgefallen war. So erklärt sich die im Text erwähnte Überschrift des Kodextitels 6, 33.

schaft bestritten, so kann er, falls seine Behauptung nicht offenbar unrichtig ist, verlangen, daß ihm bis zur Beendigung des Prozesses und falls dessen Entscheidung bis zur erreichten Mündigkeit ausgesetzt wird, bis zur Mündigkeit der Besitz des Nachlasses übertragen wird. Stellt er dem Gegner Sicherheit (satisdatio), so kann er ferner auch die Verwaltung des Nachlasses beanspruchen und aus letzterem seinen Unterhalt entnehmen, ohne für den Fall des Unterliegens zu einer Erstattung verpflichtet zu sein, sog. bonorum possessio ex edicto Carboniano (D. 37, 10, C. 6, 17). Der Besitz gewährt die vorteilhaftere Stellung eines Beklagten in dem künftigen Erbschaftsstreit (D. 37, 10, 6, 6).

3. Der curator eines furiosus kann namens des letzteren keine Erklärung über Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft abgeben (S. 984). Er kann vielmehr nur eine provisorische bonorum possessio furiosi nomine erbitten, durch welche der furiosus vorläufig die Stellung des Erben und das Recht auf Entnahme des Unterhalts aus der Erbschaft erhält. Wird der furiosus gesund, so hat er nunmehr selbst über Erwerb oder Ablehnung der Erbschaft zu entscheiden; stirbt er als Geisteskranker, so vererbt er die bloß vorläufig erworbene Erbschaft nicht auf seine Erben, sondern es ist der nächste Erbe des Erblassers — zur Zeit des Berufungsfalls, S. 955 — berufen (C. 5, 70, 7).

4. Der bedingt eingesetzte Testamentserbe erhält bis zur Entscheidung der Bedingung gegen Kaution eine vorläufige bonorum possessio secundum tabulas (D. 28, 5, 23, pr.).

Über die missio in possessionem ventris nomine (D. 37, 9) vgl. S. 201.[11])

[11]) Ein vorläufiger Erwerb der Erbschaft ist dem BGB. unbekannt. Ähnliche Wirkungen hat aber die Erteilung eines Erbscheins (§§ 2353 ff.).

§ 162. Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten.

Der das rR. beherrschende Grundsatz des Eintritts des Erben in die vermögensrechtliche Stellung des Erblassers (Prinzip der Universalsuccession, S. 942) bewirkt vom Augenblicke des Antritts der Erbschaft an ein Zusammenfließen der beiden Vermögensmassen zu einer einzigen (confusio bonorum). Die Nachlaßgegenstände treten von selbst in das Eigentum des Erben und zwar ohne daß es besonderer Erwerbshandlungen bedürfte (vgl. zB. D. 41, 1, 62; nicht vererblich ist jedoch der Besitz, D. 6, 1, 55; anders BGB. § 857, S. 688). Die Nachlaßforderungen sind Forderungen des Erben; die sonstigen Rechte des Erblassers, soweit sie nicht iura personalissima sind, wie die privilegia personae (vgl. D. 50, 6, 1, 1) oder mit dem Tode des Erblassers enden, wie der Nießbrauch (S. 815) und gewisse Ansprüche bis zur Litiskontestation (S. 409[3]), sind Rechte des Erben. Die zwischen dem Erblasser und dem Erben begründeten wechselseitigen Rechte und Verbindlichkeiten erlöschen durch Vereinigung (Konfusion), seien sie dinglicher (D. 30, 116, 4) oder obligatorischer Art (D. 18, 4, 1, 18). Andererseits sind die bisherigen Verbindlichkeiten des Erblassers nunmehr solche des Erben, soweit sie nicht — wie die Deliktsschulden, S. 409[8] — untergehen[1]).

Dieser im älteren rR. ausnahmslos[2]) durchgeführte

---

[1]) Aus dem Zusammenfallen des ererbten mit dem eigenen Vermögen erklärt sich auch, daß der Erbe die von dem Erblasser über Vermögensstücke des Erben getroffenen Verfügungen anerkennen muß („heres facta defuncti praestare debet"), sodaß derartige Veräußerungen (D. 21, 3, 1, 2) oder Verpfändungen (D. 20, 1, 22, anders freilich D. 13, 7, 41) konvaleszieren. Ebenso konvaleszieren Verfügungen, die der Erbe vor Annahme der Erbschaft über die zur Erbschaft gehörigen Gegenstände getroffen hat (D. 21, 3, 1, pr.). Vgl. S. 346 und hinsichtlich des Benefizialerben S. 993.

[2]) Freilich konnte der Erbe schon nach älterem Rechte gegen den Antritt der Erbschaft unter gewissen Umständen in integrum

Grundsatz schädigt den Erben und dessen Gläubiger, wenn die von ihm übernommene Erbschaft sich als überschuldet herausstellt (damnosa hereditas); denn dann muß der Erbe für die Unterbilanz mit seinem Vermögen aufkommen. Es kann aber auch eine Schädigung der Nachlaßgläubiger eintreten, nämlich wenn der Nachlaß zu ihrer Befriedigung hingereicht hätte, der Erbe aber überschuldet ist. Im späteren rR. wurde der Grundsatz des Zusammenfallens der beiden Vermögensmassen daher durchbrochen: zu Gunsten des Erben durch das sog. beneficium inventarii (unten a), zu Gunsten der Nachlaßgläubiger durch das sog. beneficium separationis (unten b).

a. Beneficium inventarii.

Bis auf Justinian haftete der Erbe — abgesehen von den Haussklaven, S. 981 — für die Nachlaßverbindlichkeiten stets auch mit seinem eigenen Vermögen. Er konnte also vorsichtiger Weise garnicht anders als unter Erbittung einer Deliberationsfrist (S. 983) antreten. Um die hierdurch eintretende, eine schnelle Regelung verhindernde und daher dem Interesse der Nachlaßgläubiger widersprechende Verzögerung zu vermeiden, führte Justinian in C. 6, 30, 22 (531 n. Chr.) die Möglichkeit einer auf den Nachlaß beschränkten Haftung des Erben, das später sog. beneficium inventarii, ein.

---

restitutio beanspruchen, aber dann hörte er eben auf, Erbe zu sein. Die in integrum restitutio wurde gewährt:

a. seit Hadrian dem Erben, der eine überschuldete Erbschaft in entschuldbarem Irrtum antrat, „speciali beneficio“;

b. seit Gordian den Soldaten ohne weiteres (I. 2, 19, 6; vgl. C. 6, 30, 22, pr.: arma etenim magis quam iura scire milites sacratissimus legislator existimavit).

Um den Erben zu veranlassen, eine zweifelhafte Erbschaft anzutreten, garantierten ihm die Gläubiger zuweilen durch Vertrag, daß sie ihn über den Wert des Nachlasses hinaus nicht in Anspruch nehmen oder sich mit einem Teil ihrer Forderungen begnügen würden (D. 44, 4, 4, pr.).

1. Zur Erreichung der Haftungsbeschränkung muß der Erbe:

α. ohne Erbittung einer Deliberationsfrist antreten, denn die letztere soll durch Gewährung der Rechtswohltat gerade beseitigt werden;

β. rechtzeitig ein Verzeichnis des (aktiven und passiven) Nachlaßbestandes, ein sog. Nachlaßinventar, errichten. Dies Inventar ist binnen 30 Tagen seit Kenntnis von der Delation zu beginnen und binnen weiterer 60 Tage zu vollenden. Ist der Wohnsitz des Erben von dem Ort, an welchem der größere Teil des Nachlasses sich befand, entfernt, so hat der Erbe eine Frist von einem Jahre vom Tode des Erblassers an. Das Inventar ist unter Zuziehung eines tabularius (Notars) und der am Errichtungsorte vorhandenen Nachlaßgläubiger und Vermächtnisnehmer (oder mangels solcher unter Zuziehung von 3 Zeugen) zu errichten. Es ist vom Erben zu unterschreiben, von Analphabeten mit einem „venerabile signum" (crucis) zu versehen und muß von dem Erben auf Verlangen eines Nachlaßgläubigers als richtig und vollständig beeidigt werden (später sog. Manifestationseid). Während der Inventarfrist von 90 Tagen braucht der Erbe sich auf Nachlaßansprüche nicht einzulassen.

2. Hat der Erbe (der später sog. Benefizialerbe) rechtzeitig ein vorschriftsmäßiges Inventar errichtet, so wird sein Vermögen vom Nachlasse getrennt gehalten. Einerseits tritt also keine Konfusion ein, andererseits haftet den Nachlaßgläubigern und Vermächtnisnehmern nur der Nachlaß[3])

[3]) Diese Haftung der Erben mit dem Nachlasse bedeutet nach C. 6, 30, 22, 4: „ut in tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant". Hiernach haften die Erben nach rR. den Nachlaßgläubigern persönlich bis zur Höhe des Schätzungswerts („pro viribus hereditatis"). In der gemeinrechtlichen Praxis wurde dagegen angenommen, daß die Erben nur mit den ererbten Sachen selbst („cum viribus") hafteten, sodaß die Nachlaßgläubiger grundsätzlich nur die Nachlaßgegenstände angreifen dürften; nur soweit aus dem Nachlaß etwas, zB. durch Fruchterwerb oder Veräußerung, in das Vermögen der Erben geflossen sei, könnten die Nachlaßgläubiger die Erben persönlich in Anspruch nehmen.

(nach Abzug der Begräbniskosten für den Erblasser, der Kosten für die Inventarerrichtung, der Forderungen des Erben gegen den Erblasser, C. 6, 30, 22, 9), nicht auch das eigene Vermögen des Erben. Der Erbe behält die Verwaltung des Nachlasses. Er kann die Nachlaßgläubiger und Vermächtnisnehmer in der Reihenfolge, wie sie sich melden, befriedigen, ist also an die im Konkurs einzuhaltende Rangordnung nicht gebunden (C. 6, 30, 22, 4 a). Veräußert er mit Hypotheken belastete Nachlaßgegenstände, so können die dadurch um ihr Pfandrecht gebrachten Hypothekare sich nicht an die Erwerber, sondern nur an diejenigen halten, denen der Kaufpreis zugeflossen war. Ein gleiches Rückgriffsrecht haben nicht befriedigte Nachlaßgläubiger gegenüber befriedigten Vermächtnisnehmern[4]).

3. Tritt eine Erbe mit Erbittung einer Deliberationsfrist an, so kann er zwar, wie erwähnt, das beneficium inventarii nicht beanspruchen, vielmehr haftet er trotz Inventarerrichtung den Nachlaßgläubigern stets persönlich (C. 6, 30, 22, 14). Er muß aber trotzdem ein Inventar errichten, sonst haftet er auch den Vermächtnisnehmern unbeschränkt.

b. Beneficium separationis[5]).

Durch das prätorische Recht erhielten die Nachlaßgläubiger und Vermächtnisnehmer einen Anspruch auf Absonderung des Nachlasses vom eigenen Vermögen des Erben zwecks ihrer vorzugsweisen Befriedigung aus dem Nachlaß.

1. Voraussetzungen des — besonders im Falle des Konkurses des Erben praktisch wichtigen — beneficium separationis sind:

---

[4]) C. 6, 30, 22, 5: Cum satis absurdum est creditoribus quidem suum ius persequentibus legitimum auxilium denegari, legatariis vero, qui pro lucro certant, suas partes legem accomodare; vgl. S. 372.

[5]) D. 42, 6: De separationibus, C. 7, 72: De bonis auctoritate iudicis possidendis seu venumdandis et de separationibus.

α. ein Antrag eines Nachlaßgläubigers oder Legatars, der den Erben noch nicht als Schuldner angenommen hatte („heredem secutus est", D. 42, 6, 1, 10f. u. 15);

β. die Möglichkeit, die Trennung tatsächlich noch durchzuführen (D. 42, 6, 1, 12);

γ. die Stellung des Antrags vor Ablauf von fünf Jahren seit dem Erbschaftsantritte (D. 42, 6, 1, 13).

2. Die Wirkung der durch Urteil auszusprechenden Separation ist die Befugnis der Nachlaßgläubiger und Vermächtnisnehmer, vor den Gläubigern des Erben aus dem Nachlasse befriedigt zu werden. Die Verteilung erfolgt durch einen Nachlaßkurator, sodaß aber die Erbschaftsgläubiger vor den Vermächtnisnehmern zu befriedigen sind (D. 42, 6, 6, pr.).

3. Streitig ist unter den röm. Juristen, ob die Nachlaßgläubiger, falls sie aus dem Nachlasse keine Befriedigung erlangten, sich für den Ausfall an den Erben persönlich halten könnten (so Papinian in D. 42, 6, 3, 2) oder ob die Erbittung des ben. sep. als Verzicht auf Inanspruchnahme des Erben aufzufassen sei (so Ulpian in D. 42, 6, 1, 17 und Paulus in D. 42, 6, 5).

4. Das ben. sep. steht nur den Nachlaßgläubigern, nicht auch den Gläubigern des Erben zu, sofern dieser die Befriedigung seiner Gläubiger durch Übernahme einer damnosa hereditas gefährdet; denn gegen Vermehrung der Schuldenlast durch den Schuldner ist kein Gläubiger geschützt (D. 42, 6, 1, 2: nam licet alicui adiciendo sibi creditorem creditoris sui facere deteriorem condicionem).[6])

---

[6]) Auch das BGB. geht — was freilich sehr bestritten ist — von der grundsätzlich unbeschränkten Haftung des Erben aus (§ 1967 Abs. 1: „Der Erbe haftet für die Nachlaßverbindlichkeiten", vgl. CPO. §§ 780 ff.), gewährt dem Erben aber Rechtsbehelfe, durch die er die Beschränkung seiner Haftung auf den Nachlaß herbeiführen kann.

a. Allen Nachlaßgläubigern gegenüber wird die Haftung des Erben auf den Nachlaß beschränkt, wenn Nachlaßverwaltung (d. h. eine Nachlaßpflegschaft zum Zwecke der Befriedigung der Nachlaßgläubiger) angeordnet oder Nachlaßkonkurs eröffnet wird (§§ 1975 ff.). Da beide Rechtsbehelfe eine mindestens die Verfahrenskosten deckende Aktivmasse voraussetzen, so tritt an ihre Stelle beim Mangel einer

§ 163. Die Rechtsbehelfe des Erben.

a. Allgemeines.

Nach dem Prinzip der Gesamtnachfolge (S. 942) fällt der Nachlaß dem Erben als eine Vermögensgesamtheit (universitas iuris, S. 245) an. Wie S. 991 dargelegt, erwirbt der Erbe aber ferner unmittelbar mit dem Erwerbe der Erb-

---

hinreichenden Masse die Herausgabe des Nachlasses an die Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung (§ 1990).

Einzelnen Nachlaßgläubigern gegenüber wird die Haftung des Erben beschränkt, wenn sie im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen sind oder sich fünf Jahre nach dem Erbfalle nicht gemeldet haben, und der Nachlaß durch die Befriedigung anderer Gläubiger erschöpft ist (§§ 1973, 1974).

Endlich hat der Erbe unter gewissen Voraussetzungen das Recht, die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit vorläufig zu verweigern (aufschiebende Einreden, §§ 2014—2017).

b. Die Inventarerrichtung allein hat nach BGB. nicht mehr, wie nach rR., die Bedeutung einer unmittelbaren Haftungsbeschränkung; der Begriff des Benefizialerben ist dem BGB. also fremd. Der Erbe ist zwar nach § 1993 berechtigt, ein Nachlaßverzeichnis beim Nachlaßgericht einzureichen. Er erreicht dadurch aber nicht eine Beschränkung seiner Haftung, sondern nur eine Erleichterung für den Beweis des Umfangs des Nachlasses (§ 2009). Dagegen kann die unterlassene Inventarerrichtung den Erben der Möglichkeit berauben, sich auf die Mittel zur Beschränkung seiner Haftung (Nachlaßverwaltung, Nachlaßkonkurs, Herausgabe des dürftigen Nachlasses, oben a) noch zu berufen. Er kann dies nämlich nicht mehr, wenn er das Inventar nicht innerhalb einer auf Antrag eines Nachlaßgläubigers ihm vom Nachlaßgericht zu setzenden Frist errichtet (§§ 1994, 2005 ff.).

c. Hiernach erkennt das BGB. ein beneficium inventarii zu Gunsten des Erben nicht an. Ebensowenig aber gibt es den Nachlaßgläubigern ein beneficium separationis. Die Stelle dieses Rechtsbehelfs vertritt die Vorschrift, daß in der Regel nicht nur der Erbe, sondern auch jeder Nachlaßgläubiger berechtigt ist, Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs zu beantragen und dadurch tatsächlich den gleichen Erfolg der Sonderung des Nachlasses von dem sonstigen Vermögen des Erben herbeizuführen (§ 1981, KO. § 217).

d. Soweit sich hiernach „die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten auf den Nachlaß beschränkt" (§ 1975), versteht das BGB. darunter eine Haftung cum, nicht pro viribus hereditatis, d. h. die Nachlaßgläubiger haben nur das Recht, sich aus den Nachlaßgegenständen zu befriedigen, können aber nicht den Erben persönlich bis zur Höhe des Nettowerts des Nachlasses in Anspruch nehmen.

schaft auch jedes einzelne zum Nachlasse gehörige Vermögensstück. Entsprechend dieser doppelten Rechtsbeziehung, in welcher der Erbe zum Nachlasse steht, gewährt das Recht dem Erben zur Erlangung der zum Nachlasse gehörenden Gegenstände sowohl eine besondere, auf das Erbrecht als solches gestützte Universalklage (hereditatis petitio, im BGB. Erbschaftsanspruch genannt), als auch diejenigen auf die Rechte an den einzelnen Nachlaßgegenständen gegründeten Sonderklagen (rei vindicatio, obligatorische Ansprüche), die schon dem Erblasser zustanden und infolge des Erbfalls nunmehr auf den Erben übergegangen sind. Die letzteren Klagen haben keine erbrechtliche Eigentümlichkeit und bedürfen daher hier keiner besonderen Erörterung. Außer der hereditatis petitio (unten b) ist aber noch ein zum Schutze der bonorum possessio geschaffener Rechtsbehelf, das interdictum quorum bonorum (unten c), zu erörtern.

b. Hereditatis petitio.

1. Nach rR. ist die hereditatis petitio als vindicatio hereditatis (D. 5, 3 8) ein Seitenstück zur rei vindicatio[1]); mit dieser wird eine bestimmte Sache, mit jener die hereditas (im Sinne von Nachlaß, nicht, wie manche annehmen, im Sinne von Erbrecht) aus dem Besitze des Beklagten herausverlangt. Ob der Kläger gegen den im Besitz eines Nachlaßgegenstands befindlichen Beklagten mit der dinglichen Universalklage, der hereditatis petitio, oder der dinglichen Singularklage, der rei vindicatio, vorgehen muß, hängt von dem Recht ab, welches der Beklagte sich an der Sache anmaßt[2]). Behauptet der Beklagte, daß er den angeblichen

[1]) Das zeigt sich auch äußerlich in der Zusammenstellung der betreffenden Titel in den Quellen; D. 5, 3: De hereditatis petitione, 5, 4: Si pars hereditatis petatur, 5, 5: De possessoria hereditatis petitione, 5, 6: De fideicommissaria hereditatis petitione; und an diese Titel unmittelbar anschließend 6, 1: De rei vindicatione, 6, 2: De Publiciana in rem actione. Ebenso im Kodex; C. 3, 31: De petitione hereditatis, 3, 32: De rei vindicatione.

[2]) Der Kläger erfährt dies mit Sicherheit erst aus der Einlassung des Beklagten; er konnte sich aber nach rR. nicht, wie nach neuerem

Nachlaßgegenstand auf Grund eines besonderen Rechtstitels, zB. als Eigentümer, Nießbraucher, Pfandgläubiger, hinter sich habe, so muß der Erbe die Singularklage anstellen. Denn die hereditatis petitio ist nur begründet, falls der Beklagte den Nachlaß oder einzelne seiner Bestandteile (rem hereditariam licet minimam, D. 5, 3, 9 u. 10, pr.) unter Nichtanerkennung des vom Kläger beanspruchten Erbrechts zurückhält, nämlich wenn er besitzt entweder:

α. pro herede, d. h. auf Grund eines von ihm selbst beanspruchten Erbrechts, zB. wenn der gesetzliche Erbe gegen den in den vorläufigen Besitz der Erbschaft gesetzten Testamentserben (S. 989) mit der Begründung vorgeht, daß das Testament rechtsungültig sei; oder

β. pro possessore, d. h. ohne ein selbst nur vermeintliches Recht zum Besitze für sich anführen zu können[3]).

2. Die Stellung des Beklagten war der hereditatis petitio[4]) gegenüber günstiger, als der rei vindicatio gegen-

---

Prozeßrechte (da mihi factum, dabo tibi ius, S. 381[7]), auf Vorbringen der Klagetatsachen beschränken, sondern mußte die actio, die er anstellen wollte, genau bezeichnen und wurde abgewiesen, wenn er die unrichtige actio gewählt hatte. Um ihm nun die Prüfung zu ermöglichen, welche Klage er anzustellen hatte, gewährte ihm das prätorische Recht die Befugnis, durch interrogatio in iure den Beklagten zu einer bindenden Äußerung darüber zu veranlassen, welches Recht an dem Streitgegenstand er beanspruchte (C. 3, 31, 11).

[3]) D. 5, 3, 11 und 12: Pro herede possidet, qui putat se heredem esse. sed an et is, qui scit, se heredem non esse, pro herede possideat, quaeritur: et Arrianus libro secundo de interdictis putat teneri, quo iure nos uti Proculus scribit. sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere.

Pro possessore vero possidet praedo, qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit „quia possideo" (S. 677[8]).

[4]) Die Formel der hereditatis petitio lautete nach Lenel: Si paret, hereditatem qua de agitur ex iure Quiritium A^i A^i esse, quidquid N^m N^m ex ea hereditate pro herede aut pro possessore possidet, si arbitrio tuo id A^o A^o non restituetur, quanti ea res erit tantam pecuniam N^m N^m A^o A^o condemna, si non paret, absolve.

Die h. p. gehörte nach Justinians Entscheidung (I. 4, 6, 28, C. 3, 31, 12, 3) zu den bonae fidei iudicia.

über; einmal in prozessualer Beziehung, insofern, als der in der hereditatis petitio auszufechtende Streit um das Erbrecht vor ein Kollegialgericht, das Centumviralgericht[5]), gehörte und ferner das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien (controversia de hereditate) in einem einzigen Prozeß entschieden wurde; andererseits aber auch in materieller Beziehung, insofern, als der Beklagte im Erbschaftsprozesse hinsichtlich der ihm zu ersetzenden Verwendungen besser stand, als der Beklagte bei der rei vindicatio (S. 777). Wurde nun ein Erbschaftsbesitzer in einem Fall, in dem die hereditatis petitio zulässig war, mit der rei vindicatio belangt, so konnte er mit einer exceptio (praescriptio) quod praeiudicium hereditati non fiat (D. 44, 1, 13, C. 3, 31, 12) Abweisung dieser Singularklage verlangen.

3. Die hereditatis petitio geht auch gegen den fictus possessor (S. 773), d. h. denjenigen Nichtbesitzer, „qui dolo desiit possidere“ [6]) und „qui liti se obtulit“ (l. 13 § 13 und l. 45 D. 5, 3); sie steht andererseits als utilis hereditatis petitio auch dem bonorum possessor (h. p. possessoria, D. 5, 5), sowie dem Universalfideikommissar nach Erlangung des Nachlasses (vgl. D. 5, 6: De fideicommissoria hereditatis petitione) und dem Fiskus

---

[5]) Das Centumviralgericht war, wie im röm. Civilprozeß darzulegen ist, ein schon zur Zeit der 12 Tafeln vorhandener, aus 105 (später 180) Mitgliedern bestehender Gerichtshof zur Entscheidung aller Vindikationen (rei vindicatio, hereditatis petitio). Seiner Praxis verdankt auch das materielle Noterbrecht (querela inofficiosi testamenti, unten § 171 b 2) seine Ausbildung. Die lex Aebutia (S. 167) bezog sich nicht auf die zur Zuständigkeit der centumviri gehörenden Prozesse, für die daher auch später das Legisaktionenverfahren anwendbar blieb (G. 4, 95).

[6]) Dies wurde durch das heute, aber nicht in den Quellen, sogenannte SC. Iuventianum (D. 5, 3, 20, 6) bestimmt. Diese Bezeichnung beruht darauf, daß P. Iuventius Celsus zu den Konsuln des Jahrs 129 n. Chr. gehörte, in welchem Jahre dieser Senatsschluß auf eine Oratio Hadrians hin erlassen wurde. Das SC. Iuventianum bezog sich anfangs nur auf die caducorum vindicatio des Fiskus, ist erst später auf die hereditatis petitio und alsdann auf die rei vindicatio ausgedehnt worden.

zu; ferner dem Erbschaftskäufer vom Fiskus ohne weiteres, anderen Erbschaftskäufern jedoch nur auf Grund besonderer Abtretung (D. 5, 3, 54, pr.). Ein Miterbe vindiziert seinen ideellen Anteil (D. 5, 4: Si pars hereditatis petatur).

4. Die hereditatis petitio geht als Universalklage auf alle im Besitze des Beklagten befindlichen Nachlaßgegenstände (iura und corpora, D. 5, 3, 18, 2) Diese werden, gleichgültig, ob der Beklagte den Gesamtnachlaß oder nur einzelne Sachen desselben — aber unter Nichtanerkennung des Erbrechts des Klägers, S. 998 — besitzt, als ein Sondervermögen behandelt, das — mit den späteren Vermehrungen, aber andererseits auch unter Berücksichtigung gewisser Verminderungen — den Streitgegenstand bildet. Aus dieser Behandlung ergeben sich hinsichtlich des Umfangs der hereditatis petitio wichtige Unterschiede gegenüber der rei vindicatio, wobei der leitende Gedanke ist, daß der Erbschaftsbesitzer nach Herausgabe der Erbschaft weder Nutzen noch Schaden haben soll.

α. Es gilt für die h. p. das Surrogationsprinzip (S. 246), sodaß der Beklagte zB. den Kaufpreis veräußerter Nachlaßsachen erstatten muß[7]), während die rei vindicatio nur gegenüber dem fictus possessor auf eine Ersatzleistung gehen kann (S. 773).

β. Hinsichtlich der Haftung des Beklagten wird seit dem SC. Iuventianum, ebenso wie bei der rei vindicatio (S. 776), zwischen dem redlichen und dem unredlichen Erbschaftsbesitzer unterschieden.

a. Der redliche Erbschaftsbesitzer hat nur das zu erstatten, um was er zur Zeit der Verurteilung noch bereichert ist (D. 5, 3, 20, 6: eos, qui iustas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo dumtaxat — sc. condemnandos — quo locupletiores ex ea re facti essent); er haftet aber von der Litiskonte-

[7]) D. 5, 3, 22: Quia potest existimari in locum hereditariae rei venditae pretium eius successisse et quodammodo ipsum hereditarium factum. Ebenso BGB. § 2019.

station an für jede durch sein Verschulden herbeigeführte Verschlechterung (D. 5, 3, 20, 11: incipit esse malae fidei possessor).

b. Der unredliche Besitzer haftet von der Erlangung des Besitzes oder der Kenntnis seines Nichtrechts an für jedes Verschulden, von der Litiskontestation an auch für Zufall (D. 5, 3, 40).

Der hauptsächlichste Unterschied gegenüber der rei vindicatio besteht darin, daß der bonae fidei possessor die vor der Litiskontestation verbrauchten Früchte bei der r. v. behält (fructus consumptos suos facit, S. 776), bei der h. p. ersetzen muß, soweit er zur Zeit des Urteils bereichert ist (D. 5, 3, 40, 1; 5, 3, 36, 4).

γ. Hinsichtlich der Verwendungen des Erbschaftsbesitzers ist zu unterscheiden:

a. Der redliche Erbschaftsbesitzer hat Anspruch auf Ersatz aller bis zur Klaganstellung gemachten Auslagen, nicht nur der notwendigen und nützlichen, wie der bonae fidei possessor gegenüber der rei vindicatio (S. 777), sondern auch der impensae voluptuariae, da auch diese seine Bereicherung vermindern. Von den nach der Litiskontestation gemachten Verwendungen erhält er dagegen nur die notwendigen und nützlichen erstattet.

b. Der unredliche Erbschaftsbesitzer hat Anspruch auf Ersatz nicht nur der notwendigen Auslagen, wie der malae fidei possessor, sondern auch der nützlichen, soweit der Nachlaß dadurch noch bereichert ist. Bezüglich der impensae voluptuariae hat er nur ein ius tollendi (D. 5, 3, 38 u. 39).[8][9]

---

[8]) Der mit der hereditatis petitio Belangte ist also hinsichtlich der Verwendungen besser, hinsichtlich der Früchte schlechter gestellt als der mit der rei vindicatio Belangte (ähnlich BGB. §§ 2020 ff.). Übrigens kann die Erstattung der Verwendungen auch von dem Erbschaftsbesitzer (vgl. S. 778) nur durch Abzüge und Retention geltend gemacht werden; eine selbständige Klage besteht nicht (anders BGB.).

[9]) Nach BGB. §§ 2018 ff. kann der Erbe den Erbschaftsanspruch nur gegen einen Erbschaftsbesitzer, d. h. gegen Jeden erheben, der auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden

5. Der Kläger muß beweisen, daß er erbberechtigt ist und daß der Beklagte Nachlaßsachen pro herede oder pro possessore hinter sich hat. Bestreitet der Beklagte wider besseres Wissen, Nachlaßgegenstände zu besitzen und wird dies vom Kläger bewiesen, so erhält dieser, ohne sein Erbrecht beweisen zu müssen, durch ein (dem interdictum quem fundum bei der rei vindicatio, S. 771[2], entsprechendes) interdictum quam hereditatem den Besitz des Streitgegenstands zugewiesen, und der Beklagte muß in einem neuen Prozesse sein besseres Recht dartun (D. 6, 1, 80).

Streitig ist, ob in dem Falle, daß Beklagter bestreitet pro herede oder pro possessore zu besitzen, sein Recht zum Besitz vielmehr auf einen Sondertitel gründet, der Beklagte diesen (Dernburg) oder der Kläger den Erbschaftsbesitz des Beklagten (Windscheid) zu beweisen hat.

6. Während des Erbschaftsstreits können die Nachlaßgläubiger von jeder Partei Befriedigung verlangen (C. 3, 31, 12, 1); die Nachlaßschuldner brauchen nur gegen Sicherheitsstellung zu zahlen (C. 3, 31, 12, pr.).

c. Interdictum quorum bonorum (I. 4, 15, 3, D. 43, 2, C. 8, 2).

Wer vom Prätor die bonorum possessio zugewiesen erhalten hat, was im jüngsten rR. noch für die Fälle der

---

Erbrechts etwas aus der Erbschaft erlangt hat. Der Erbschaftsanspruch ist also nur gegen den gegeben, der pro herede, nicht auch — wie im rR. — gegen den, der pro possessore besitzt. Der Erbe ist ferner nicht gehindert, die im Besitze des Erbschaftsbesitzers befindlichen Nachlaßstücke mit Einzelklagen zu verlangen; die exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat ist dem BGB. unbekannt. Jedoch haftet der mit einer Sonderklage belangte Erbschaftsbesitzer nach den Vorschriften über den Erbschaftsanspruch (§ 2029). Für den Erbschaftsanspruch ist in CPO. § 27 ein forum hereditatis beim Gerichte des letzten allgemeinen Gerichtsstands des Erblassers begründet.

Der Erbschaftsanspruch geht auf alles, was der Erbschaftsbesitzer aus der Erbschaft erlangt hat. Er hat dem Erben hierüber Auskunft zu geben (§ 2027), demgemäß (§ 260) ein Verzeichnis vorzulegen und auf Verlangen des Erben zu beschwören (Manifestationseid).

vorläufigen Einweisung von praktischer Bedeutung ist (S. 989), erhält durch ein — nach den Eingangsworten benanntes — interdictum (adipiscendae possessionis) Quorum bonorum[10]) die Möglichkeit, sich in den Besitz der körperlichen Nachlaßsachen zu setzen. Das i. q. b. ist gleich der hereditatis petitio nur gegen Besitzer gerichtet, die pro herede oder pro possessore besitzen; der Kläger braucht aber sein Erbrecht nicht, wie bei der h. p., zu beweisen, sondern nur glaubhaft zu machen. Der Beklagte muß ihm dann die Nachlaßsachen herausgeben und seinerseits in einem neuen Prozeß als Kläger die hereditatis petitio anstellen und hierbei beweisen, daß die bonorum possessio, auf Grund welcher der Gegner im Interdiktenprozeß gesiegt hat, ihm gegenüber „sine re" (S. 947) ist[11]).

§ 164. Mehrheit von Erben.

a. Bis zur Auseinandersetzung.

Hinterläßt der Erblasser mehrere (gesetzliche oder testamentarische) Erben (Miterben, coheredes), so entsteht unter ihnen in Ansehung des Nachlasses eine communio incidens (S. 627). Wie bei sonstigen Gemeinschaftsverhältnissen geht

[10]) Vgl. D. 43, 2, 1, pr.: Ait praetor: „Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede aut pro possessore (S. 998) possides possideresve, si nihil usucaptum esset, quod quidem dolo malo fecisti, uti desineres possidere (S. 999), id illi restituas". Vgl. G. 3, 34.

[11]) Ursprünglich war das interdictum quorum bonorum der einzige dem bonorum possessor zustehende Rechtsbehelf. Später erhielt der b. p. auch die hereditatis petitio als utilis (possessoria) und das i. q. b. wurde nun ein summarischer, d. h. in einem abgekürzten Verfahren zu verhandelnder, eine nur vorläufige Entscheidung herbeiführender Rechtsbehelf. Doch ist dies für das rR. sehr bestritten. Jedenfalls aber hat die gemeinrechtliche Praxis das i. q. b. zu einem summarischen Rechtsbehelf ausgestaltet. Dem Reichsrecht ist ein besonderer possessorischer Rechtsschutz des „prima facie Erben" unbekannt (S. 989). Unter Umständen kann die vorläufige Einweisung in den Nachlaß nach den Vorschriften über die einstweiligen Verfügungen (CPO. §§ 935 ff.) erfolgen.

das rR. hierbei von einer „individualistischen" Auffassung aus, indem es jedem Miterben soweit als möglich an jedem Nachlaßgegenstande Sonderrechte und an jeder Nachlaßschuld Sonderpflichten zuweist. Das bedeutet im einzelnen:

1. Die Rechte an körperlichen Sachen (Eigentum, Nießbrauch, Superfizies, Emphyteuse, D. 10, 2, 10) gelten als unter den Miterben nach den ihren Erbteilen entsprechenden Bruchteilen als ideell geteilt; jeder Miterbe kann über seinen ideellen Anteil an jeder Nachlaßsache ohne Mitwirkung der übrigen Erben verfügen (D. 10, 2, 54). Die Auseinandersetzung unter den Miterben, d. h. die Umsetzung der ideellen in reelle Teile, erfolgt im Prozeßwege durch Anstellung der actio familiae erciscundae (S. 1006).

2. Die teilbaren Nachlaßforderungen und Nachlaßschulden gelten — nach einem schon in den 12 Tafeln aufgestellten Satz — als unter den Miterben „reell" geteilt („nomina ipso iure sunt divisa", nach C. 3, 36, 6: ea quae in nominibus — Nachlaßforderungen und -schulden — sunt non recipiunt divisionem, cum ipso iure in portiones hereditarias ex lege duodecim tabularum divisa sunt). Die Gemeinschaft der Miterben löst sich also insoweit von selbst auf und es bedarf hierfür keiner Auseinandersetzung. Die Folge davon ist:

α. Jeder Miterbe kann eine teilbare (S. 438) Nachlaßforderung, also insbesondere eine Geldforderung, zu seinem Anteile selbständig geltend machen und wegen jeder teilbaren Nachlaßschuld, insbesondere einer auf Geld gerichteten, anteilsweise belangt werden.

β. Soweit ein Miterbe Nachlaßgläubiger oder Nachlaßschuldner war, tritt in Höhe seines Anteils Konfusion ein (D. 46, 1, 50, C. 4, 16, 6).

γ. Der Nachlaßschuldner kann gegen die ererbte Teilforderung eines Miterben mit persönlichen Forderungen gegen ihn aufrechnen.

δ. Umgekehrt muß sich ein Nachlaßgläubiger bei Belangung eines Miterben dessen persönliche Forderungen entgegensetzen lassen.

3. Unteilbare Nachlaßansprüche kann jeder Miterbe in voller Höhe geltend machen; für unteilbare Nachlaßschulden haftet jeder Miterbe solidarisch (D. 10, 2, 25, 9 u. 10).[1])

b. Die Auseinandersetzung unter den Miterben.

1. Allgemeine Grundsätze.

α. Soweit nach dem vorstehenden eine Gemeinschaft unter den Miterben besteht, entsteht unter ihnen ein Quasikontraktsverhältnis (S. 431[8]), wobei aber jeder Miterbe den übrigen nur für diligentia quam suis haftet (S. 460). Dieses Verhältnis kann aber in der Regel jederzeit aufgelöst werden, und dieses Recht auf Erbteilung kann auf die Dauer weder durch Anordnungen des Erblassers noch durch Vereinbarungen der Miterben ausgeschlossen werden (D. 10, 3, 14, 2, ebenso BGB. § 2042). Auch durch die noch zu erwartende Geburt eines Miterben wird die Erbteilung nach rR. (anders BGB. § 2043) nicht gehindert; es wird dann unterstellt, daß Drillinge zur Welt kommen könnten und es werden daher drei Erbteile für den nasciturus zurückbehalten (D. 5, 4, 3 u. 4; 34, 5, 7, pr.).

[1]) Das BGB. verwendet für das Miterbenverhältnis das deutschrechtliche Prinzip der „gesamten Hand" (S. 538). Der Nachlaß ist „gemeinschaftliches Vermögen" der Miterben (§ 2032). Jeder Miterbe hat zwar am Nachlaß als einer universitas iuris einen ideellen Anteil, über den er verfügen kann (vorbehaltlich eines gesetzlichen Vorkaufsrechts der Miterben, § 2034), nicht aber an dessen einzelnen Bestandteilen (§ 2033). Daher können über die Nachlaßsachen nur alle Erben gemeinschaftlich verfügen, ein Nachlaßanspruch kann nur von allen Erben gemeinschaftlich eingezogen werden, gegen eine Nachlaßforderung kann der Schuldner nicht eine ihm gegen einen einzelnen Miterben zustehende Forderung aufrechnen (§§ 2038—2040).

Für die Nachlaßschulden haften die Erben grundsätzlich als Gesamtschuldner (§ 2058). Bis zur Teilung kann jedoch jeder Miterbe die Berichtigung der Nachlaßschuld aus seinem eigenen Vermögen verweigern, den Gläubiger also auf den Erbteil verweisen (§ 2059). Erst nach der Teilung erhält die Haftung jedes Miterben als Gesamtschuldners, also in ganzer Höhe, ihre volle Bedeutung; aber auch hier kann der Miterbe durch öffentliche Aufforderung der Nachlaßgläubiger vor der Teilung seine Haftung auf den seinem Erbteil entsprechenden Teil der Nachlaßschuld beschränken (§§ 2060, 2061).

β. Die Auseinandersetzung erfolgt nach rR., wenn sie nicht durch Vereinbarung der Miterben außergerichtlich geschieht (D. 2, 14, 35), im Civilprozeßverfahren, indem der die Auflösung der Erbgemeinschaft beanspruchende Miterbe gegen die übrigen (ob notwendigerweise gegen alle, ist streitig, D. 10, 2, 2, 4, C. 3, 36, 17), die actio familiae erciscundae (D. 10, 2, C. 3, 36) erhebt[2]). Wie alle auf eine Auseinandersetzung gerichteten Klagen führt auch die a. f. e. ein iudicium duplex herbei (S. 628) und der Richter hat hinsichtlich der Art und Weise der Auseinandersetzung völlig freie Hand. Nur ist er an die Vereinbarungen des Miterben (D. 10, 3, 21) und die etwaigen Anordnungen des Erblassers gebunden (C. 3, 36, 10). Die teilbaren Forderungen und Schulden kommen als schon ipso iure geteilt (S. 1004) regelmäßig nicht in Betracht. Der Teilungsrichter kann aber aus Zweckmäßigkeitsgründen auch sie in die Teilungsmasse hineinziehen (D. 10, 2, 3). Dagegen werden von der Teilung ausgenommen:

a. vom Erblasser unredlich erworbene Sachen; sie sind den Berechtigten zurückzugewähren (D. 10, 2, 4, 2);

b. verbotene Gegenstände (D. 10, 2, 4, 1: mala medicamenta et venena; libri improbatae lectionis, magici forte vel his similes);

c. das Testament und sonstige Urkunden; sie sind regelmäßig dem Haupterben zur Verwahrung zu übergeben (D. 10, 2, 4, 3 ff.; vgl. BGB. § 2047 Abs. 2);

d. Begräbnisplätze; sie bleiben ungeteilt (D. 10, 2, 30).

Der Teilungsrichter hat die Übereignung der den einzelnen Erben zugeteilten Sachen durch die adiudicatio

---

[2]) Die actio familiae erciscundae entstammt schon den 12 Tafeln.

Dagegen erfolgt die Erbteilung heute nicht im Wege des Civilprozesses, sondern als Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FrG. §§ 86 ff), indem ein Miterbe bei dem Nachlaßgericht (S. 985[5]) den Antrag auf Auseinandersetzung stellt. Dieses hat dann einen Auseinandersetzungsplan anzufertigen, der nach der Bestätigung die Kraft eines vollstreckbaren Titels erhält. Etwaige Streitpunkte sind im Civilprozeß zu erledigen.

(S. 167[1], D. 10, 2, 22, 1 u. 2) und die Begründung der den einzelnen Erben zu Gunsten der übrigen auferlegten Verpflichtungen durch die condemnatio des Teilungsurteils (D. 10, 2, 55) auszusprechen. Er hat hierbei auch in Rücksicht zu ziehen, was die einzelnen Erben auf Grund des zwischen ihnen bis zur Erbteilung bestehenden Quasikontraktsverhältnisses, besonders für Verwendungen und Auslagen für die Erbschaft, von einander zu beanspruchen haben (C. 3, 36, 18, 1).

Die Miterben stehen sich untereinander für Entwehrung (S. 552) des ihnen Zugeteilten ein (D. 10, 2, 25, 21).

2. Die Kollation.

Unter Umständen haben Descendenten des Erblassers, die zu Miterben berufen sind, vor der Teilung gewisse Stücke ihres eigenen Vermögens in die Erbteilungsmasse einzuwerfen, sog. Kollations- oder Ausgleichungspflicht.

Im rR. sind zwei nach Voraussetzungen und Wirkungen von einander zu trennende Kollationsinstitute zu unterscheiden: die ältere sog. Emanzipatenkollation und die jüngere, im justin. Recht allein noch vorhandene sog. Descendentenkollation; die erstere beruhte auf der verschiedenen Erwerbsfähigkeit der Descendenten des Erblassers, welche sui iuris und derjenigen, welche alieni iuris waren, die letztere auf dem Gedanken, daß kein Descendent mehr aus dem Vermögen des Erblassers erhalten solle als der andere, und daß das bei Lebzeiten des Erblassers Empfangene daher anzurechnen sei.

a. Emanzipatenkollation.

a. Nach Civilrecht erwarb das Hauskind (der suus und die sua) alles für den pater familias, wogegen das emanzipierte Kind selbständig erwerbsfähig war (S. 905). Dem entsprach, daß bei der Beerbung des Vaters ab intestato die familia, das Hausvermögen, allein an die sui fiel, während die Emanzipierten nicht miterbten (S. 944). Nun berief später das prätorische Edikt alle, auch die emanzipierten Abkömmlinge zur bonorum possessio (unde liberi und contra tabulas, S. 948 und unten § 171 b 1 *β*).

Um die hierdurch eintretende Benachteiligung der sui auszugleichen (vgl. D. 37, 6, 1 pr.), bestimmte das prätorische Edikt, daß die Emanzipierten neben sui nur dann zur bonorum possessio unde liberi zuzulassen seien, wenn sie ihr beim Tode des Vaters vorhandenes eigenes Vermögen einzuwerfen bereit wären (sog. collatio bonorum).[3])

b. Als im späteren Rechte der Grundsatz der Erwerbsunfähigkeit der Hauskinder sich abschwächte und die Hauskinder, vom peculium profecticium abgesehen, alles für sich selbst erwarben, verlor die Kollation in gleichem Maß ihre Grundlage, und die Emanzipierten hatten nunmehr nur das vom Vater Überkommene zu konferieren.

c. Im Anschluß an die Emanzipatenkollation bildete sich der Grundsatz aus, daß die Tochter, die bei ihrer Verheiratung eine dos (profecticia oder adventicia)[4]) mitbekommen hatte, diese selbst dann zu konferieren hatte, wenn sie trotz ihrer Verheiratung Haustochter geblieben war. Denn die dos fiel beim Tode des Vaters an sie selbst

---

[3]) Vgl. D. 37, 6: De collatione bonorum, D. 37, 7: De dotis collatione; C. 6, 20: De collationibus.

Die Kollation erfolgte dem Zwecke des Instituts entsprechend nur bei der Intestat- und der Noterbfolge, nicht auch bei der Testamentserbfolge (C. 6, 20, 1), ferner nur gegenüber sui, nicht gegenüber den anderen Emanzipierten (D. 37, 6, 1, 24) und endlich auch den sui gegenüber nur, wenn deren Erbteil durch die Teilnahme des Emanzipierten geschmälert wurde (gemeinrechtlich durch das Sprichwort ausgedrückt: ei confertur, cui aufertur), sodaß also zB. ein Emanzipierter, der — nach der nova clausula Iuliani de coniungendis cum emancipato liberis eius, S. 948[4] — mit seinen eigenen in der Gewalt des Erblassers verbliebenen Kindern und sonstigen sui konkurrierte, nur seinen Kindern gegenüber kollationspflichtig war, da er nur deren Erbteil schmälerte (D. 37, 6, 1, 5).

Dem Kollationspflichtigen wurde sein Erbteil erst ausgehändigt, wenn er das zu Konferierende entweder in Natur zur Teilung gebracht oder für die Erfüllung dieser Pflicht Kaution geleistet hatte (D. 37, 6, 1, 11: aut re aut cautione facienda collatio est). Stellte sich dann heraus, daß sein Erbteil geringer war, als das Konferierte, so erhielt er das Mehr nicht zurück („plus confert quam aufert").

[4]) In der späteren Kaiserzeit (C. 6, 20, 4) hatte die sua nicht nur den sui, sondern auch den emanzipierten Geschwistern die dos profecticia zu konferieren (nicht aber die dos adventicia).

(S. 884); sie wäre also vor den anderen sui im Vorteile gewesen, wenn sie neben diesen ohne weiteres ihren Anteil vom väterlichen Nachlaß erhalten hätte.

β. Die Descendentenkollation.

Justinian hat das gesamte Intestat- und Noterbrecht in den Novellen 118 und 115 auf neue Grundlagen gestellt (S. 950 und unten § 171 c) und damit nach richtiger Ansicht die ältere collatio bonorum gänzlich beseitigt. Die neuere, vom Kaiser Leo in einer Konstitution von 472 (C. 6, 20, 17) begründete, von Justinian (C. 6, 20, 19 u. 20, Nov. 18, 6) fortgebildete Kollation beruht auf dem Gedanken, daß es der Billigkeit und der vermutlichen Absicht des Erblassers entspräche, daß gemeinsam erbende Abkömmlinge gleich viel aus dem Vermögen ihres Vorfahren erhielten. Dies wurde durch den Satz erreicht, daß jeder miterbende Abkömmling die bei Lebzeiten des Erblassers aus dessen Vermögen erhaltenen größeren Zuwendungen den übrigen Abkömmlingen gegenüber zum Ausgleiche zu bringen habe.

a. Einzuwerfen sind nach rR.[5]): eine dos, eine donatio propter nuptias und eine militia (Kauf eines Amtes), unter gewissen Umständen seit Justinian auch eine sonstige Schenkung (C. 6, 20, 20, 3).

b. Kollationspflichtig sind nur miterbende Abkömmlinge einander gegenüber (C. 6, 20, 17; ebenso BGB. § 2050).

---

[5]) Nach BGB. § 2050 ist nur die Ausstattung (§ 1624, das gemeinr. sog. subsidium paternum) zu konferieren, d. h. dasjenige, was einem Kinde mit Rücksicht auf seine Verheiratung oder auf die Erlangung einer selbständigen Lebensstellung zur Begründung oder zur Erhaltung der Wirtschaft oder der Lebensstellung vom Erblasser zugewendet worden ist, soweit er nicht bei der Zuwendung andere Bestimmungen getroffen hat. Fortlaufende Unterstützungen und Aufwendungen für die Vorbildung zu einem Berufe sind insoweit einzuwerfen, als sie das den Vermögensverhältnissen des Erblassers entsprechende Maß übersteigen, sonstige Zuwendungen unter Lebenden nur, wenn der Erblasser bei der Zuwendung die spätere Ausgleichung angeordnet hat.

c. die Ausgleichung hat auch zu erfolgen, wenn die Beerbung sich auf ein Testament gründet, es sei denn, daß der Erblasser hierüber besonders bestimmt hat (nisi expresse disposuerit se collationem fieri nolle, Nov. 18, 6).[6][7]

---

[6]) Nach BGB. § 2052 ist im Zweifel anzunehmen, daß bei einer auf ein Testament gegründeten Erbfolge die Abkömmlinge zur Ausgleichung verpflichtet sein sollen, falls sie auf dasjenige eingesetzt sind, was sie als gesetzliche Erben erhalten würden.

[7]) Von den zahlreichen die Kollation betreffenden Streitfragen des Gem. Rechts seien hervorgehoben die Fragen:

a. ob Enkel konferieren müssen, was sie zu einer Zeit erhalten hatten, als sie noch nicht unmittelbare Erbberechtigte waren (zu verneinen, weil sie dies nicht auf ihren Erbteil erhalten hatten; ebenso BGB. § 2053);

b. ob Enkel konferieren müssen, was ihr verstorbener Vorfahr erhalten hatte (zu bejahen, da sie nur den Erbteil ihres Vorfahren erhalten sollen; ebenso BGB. § 2051);

c. ob der Kollationspflichtige, wenn das Vorempfangene seinen Erbteil übersteigt, den Überschuß herauszahlen müsse (mit Dernburg gegen die herrschende Meinung zu verneinen, da der Zweck der Kollation nicht mehr ist — vgl. S. 1008 —, die Zulassung zur Erbfolge zu ermöglichen, sondern nur, eine gleichmäßige Teilung des Nachlasses herbeizuführen; ebenso BGB. § 2056).

Dritter Abschnitt. Testament
(BGB. §§ 2064—2273).

§ 165. Testament. Allgemeine Vorschriften[1]).

a. Testierfreiheit.

Wie S. 963 dargelegt, geht das rR. davon aus, daß der Erblasser befugt ist, durch Testament (letztwillige Verfügung) d. h. durch einseitiges Rechtsgeschäft von Todes wegen verbindliche Anordnungen auf den Todesfall zu treffen.

Die Testierbefugnis ist ein unverzichtbares und unveräußerliches Rechtsgut (S. 964). Daraus folgt, daß der Testator grundsätzlich alle Verfügungen auf den Todesfall persönlich treffen muß und diese Anordnungen nicht dritten übertragen kann.

1. Unzulässig ist daher die Anordnung in einem Testamente, daß ein Anderer den Erben ernennen und den Nachlaß nach seinem Belieben verteilen soll[2]).

---

[1]) In den Digesten findet sich das Testamentsrecht vor allem in der Pars V der alten Digesteneinteilung (S. 137): „De testamentis", Bücher 28—36, im Kodex im Buch 6 Titel 21 ff. Im BGB. sind die Grundbegriffe in den §§ 1937—1941 (S. 963), die einzelnen Vorschriften im dritten Abschnitt enthalten.

[2]) Ulp. fr. 22, 4: Certum consilium debet esse testantis; vgl. S. 1019. D. 28, 5, 32, pr.: Illa institutio „quos Titius voluerit" ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est, nam satis constanter veteres decreverunt testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere. Dagegen bestimmt das kanonische Recht (X. 3, 26, 13): Qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus; diese Vorschrift erkannte

2. Nichtig iſt ferner eine letztwillige Zuwendung, deren Rechtsbeſtändigkeit von der **Willenserklärung eines** Anderen abhängig ſein ſoll (Gaius heres esto si Titius voluerit), gültig dagegen eine Zuwendung unter der **Bedingung**, daß ein Anderer eine — wenn auch von ſeinem freien Willen abhängige — **Handlung** vornehme (Gaius heres esto, si Titius in Capitolium ascenderit).[3])

b. **Auslegungsregeln.**

Das Teſtament gehört zu den causae favorabiles (S. 309). Läßt der Inhalt einer letztwilligen Verfügung daher verſchiedene Auslegungen zu, ſo iſt im Zweifel diejenige vorzuziehen, bei der die Verfügung Beſtand haben kann[4]). So beſtimmt zB. Juſtinian in C. 6, 38, 4 ausdrücklich, daß die unklare Einſetzung „ille vel ille heres

---

die im Mittelalter beſonders unter den Geiſtlichen beſtehende Gewohnheit an, die Verteilung des Nachlaſſes einem **Treuhänder** (manufidelis, Salmann, dem Vorläufer des heutigen Teſtamentsvollſtreckers, S. 977[16]) zu überlaſſen, wurde aber im neueren Gem. R. nicht aufrechterhalten. Ebenſo kann nach BGB. § 2065 Abſ. 2 die Beſtimmung der Perſon, die eine Zuwendung erhalten ſoll, ſowie des Gegenſtands der Zuwendung nicht einem Anderen überlaſſen werden.

[3]) Vgl. D. 28, 5, 69 und D. 35, 1, 52. Ulpian ſtellte dagegen beide Fälle einander gleich und erkannte Zuwendungen auch dann als rechtsbeſtändig an, wenn ſie unmittelbar durch das Wollen eines Dritten bedingt ſind, zB. D. 31, 1, pr.: In arbitrium alterius conferri legatum, veluti condicio, potest: quid enim interest, „si Titius in Capitolium ascenderit" mihi legetur an „si voluerit". Dieſe Antinomie iſt unaufgeklärt und die Frage ſtreitig. Für zuläſſig wird dagegen (wie für Schuldverträge, S. 494[24]) allgemein eine Zuwendung gehalten, deren Geltung nicht von dem freien Belieben, ſondern von dem billigen Ermeſſen eines Dritten abhängen ſoll; vgl. zB. D. 32, 11, 7. Dagegen beſtimmt BGB. § 2065 Abſ. 1 allgemein: „Der Erblaſſer kann eine letztwillige Verfügung nicht in der Weiſe treffen, daß ein Anderer zu beſtimmen hat, ob ſie gelten oder nicht gelten ſoll."

[4]) Vgl. zB. D. 34, 5, 24. Cum in testamento ambigue aut etiam perperam (falſch) scriptum est, benigne interpretari et secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est. Bezüglich der Enterbungen heißt es dagegen umgekehrt in D. 28, 2, 19: Exheredationes non sunt adiuvandae. Der favor testamenti iſt auch im BGB. § 2084 ausgedrückt.

esto" dahin zu verſtehen ſei, „ille et ille heres esto". Grundſätzlich kommen aber die S. 309 angegebenen allgemeinen Auslegungsregeln auch für Teſtamente zur Anwendung. Iſt die Anordnung unverſtändlich, paßt ſie zB. auf mehrere Perſonen und iſt der Gemeinte nicht ſicher zu ermitteln, ſo iſt ſie hinfällig[5]). Iſt andererſeits offenſichtlich, wer gemeint iſt, ſo iſt eine bloße irrtümliche Bezeichnung bedeutungslos: „Falsa demonstratio non nocet", vgl. I. 2, 20, 30.

c. Bedingung und Zeitbeſtimmung.

1. Dem Grundſatze semel heres, semper heres entſprechend gelten auflöſende Bedingungen und alle Arten von Befriſtungen bei der Erbeinſetzung als nicht geſchrieben (S. 323), dieſe alſo als unbedingt und unbefriſtet[6]). Dieſer Grundſatz gilt aber nicht bei Soldatenteſtamenten; bei dieſen kann eine Erbeinſetzung daher auch einer Reſolutivbedingung oder einem dies ad quem unterſtellt werden (D. 29, 1, 15, 4).

Aufſchiebende Bedingungen ſind dagegen auch in Civilteſtamenten zuläſſig. Der aufſchiebend bedingt eingeſetzte Erbe wird zur Erbſchaft jedoch erſt mit dem Eintritte der Bedingung berufen, alſo nur dann, wenn er dieſen Zeitpunkt erlebt. Bis dahin gilt die Erbſchaft als hereditas iacens (D. 28, 5, 60, 6); der Erbe erhält aber gegen Kaution eine vorläufige (S. 990) bonorum possessio secundum

---

[5]) D. 28, 5, 63, 1. Dagegen gelten nach BGB. § 2073 alle in Betracht Kommenden als zu gleichen Teilen eingeſetzt. Andererſeits gilt nach BGB. die Umdeutung des ille aut ille in ille et ille nicht. Über ſonſtige geſetzliche Auslegungsregeln des BGB. (Bedenkung der „geſetzlichen Erben", der „nächſten Verwandten", der „Kinder", der „Abkömmlinge", des „Dienſtperſonals", der „Armen") vgl. §§ 2066 bis 2072. Über die Einſetzung einer incerta persona vgl. unten S. 1019.

[6]) I. 2, 14, 9: Heres et pure et sub condicione institui potest. ex certo tempore aut ad certum tempus non potest, veluti „post quinquennium quam moriar" vel „ex kalendis illis" aut „usque ad kalendas illas heres esto": diemque adiectum pro supervacuo haberi placet et perinde esse, ac si pure heres institutus esset.

tabulas (D. 2, 8, 12); erforderlichen Falls kann ein Kurator beſtellt werden (D. 28, 5, 23, 3).

Bei Legaten ſind nach juſtin. R. alle Arten von Bedingungen und Befriſtungen zuläſſig (C. 6, 37, 26).

Über die Behandlung des Modus (der Auflage) vgl. S. 975.

2. Zwecks Aufrechterhaltung der letztwilligen Verfügungen (favor testamenti, S. 1012) unterliegen die ihnen zugefügten Bedingungen mehrfachen Beſonderheiten.

a. Unmögliche, unerlaubte und unſittliche Bedingungen gelten nach der von Juſtinian aufgenommenen Meinung der Sabinianer (D. 35, 1, 6, 1) als nicht zugefügt, die Zuwendung gilt alſo als unbedingt (S. 322[3], 324). Über die Nichtigkeit der kaptatoriſchen Zuwendungen ſowie der legata poenae nomine relicta und über die Behandlung der condicio iurisiurandi vgl. S. 324[7].

β. Iſt eine Zuwendung dadurch bedingt, daß der Bedachte eine Handlung vornehmen ſoll und wird ihm deren Vornahme ohne ſeine Schuld unmöglich, ſo wird die Vornahme als geſchehen fingiert (S. 329).[7])

γ. Hat der Erblaſſer eine Zuwendung unter einer negativen Poteſtativbedingung (condicio in non faciendo concepta, D. 35, 1, 7, pr.) gemacht, d. h. unter der aufſchiebenden Bedingung, etwas nicht zu tun, zB. nicht wieder zu heiraten (condicio viduitatis), ſo iſt erſt dann, wenn ein Zuwiderhandeln des Bedachten endgültig ausgeſchloſſen iſt, die Bedingung als erfüllt anzuſehen. Da dies nun aber regelmäßig erſt beim Tode des Bedachten feſtſteht, er dann aber das ihm Zugewendete nicht mehr erwerben kann (oben 1), geſtattete das rR. (S. 326) dem

---

[7]) Vgl. zB. D. 28, 7, 23: „Uter ex fratribus meis consobrinam nostram duxerit uxorem, ex dodrante (3/4), qui non duxerit, ex quadrante (1/4) heres esto“ . . . si neuter eam duxerit uxorem, non quia ipsi ducere noluerunt, sed quia illa nubere noluerit, ambo in partes aequales admittuntur: plerumque enim haec condicio: „si uxorem duxerit“, „si dederit“, „si fecerit“ ita accipi oportet, quod per eum non stet, quo minus ducat, det aut faciat. Ebenſo BGB. § 2076.

Bedachten, das ihm Zugewendete ſofort zu erwerben, ſofern er Sicherheit für die Herausgabe an den Eventualberechtigten auf den Fall beſtellte, daß er der Bedingung zuwiderhandeln ſollte (ſog. cautio Muciana, D. 35, 1, 18).[8][9])

d. Willensmängel.

1. Irrtum.

a. Iſt bei Errichtung der letztwilligen Verfügung etwas anderes erklärt als gewollt (z.B. der Erblaſſer will den Mävius einſetzen und ſchreibt infolge Verſchreibens Titius), ſo iſt eine Willenserklärung des Erblaſſers überhaupt nicht vorhanden und die Verfügung daher nichtig[10]). Iſt dagegen

[8]) Benannt nach ihrem Urheber Qu. Mucius Scaevola (S. 119), der auch die praesumtio Muciana begründet hat (S. 872). Die cautio Muciana betraf urſprünglich nur Legate, wurde ſpäter aber auch auf Erbeseinſetzungen erſtreckt; D. 35, 1, 7, pr.: Mucianae cautionis utilitas consistit in condicionibus, quae in non faciendo sunt conceptae, ut puta „si in Capitolium non ascenderit", „si Stichum non manumiserit" et in similibus . . . nec solum in legatis placuit, verum in hereditatibus quoque idem remedium admissum est.

[9]) Nach BGB. gilt der Satz „semel heres, semper heres" nicht (S. 971[9]). Es können daher letztwilligen Verfügungen Bedingungen und Befriſtungen jeder Art beigefügt werden und es gelten hierbei die allgemeinen Vorſchriften. Demnach hat das BGB. die beſondere Behandlung, welche die einem negotium mortis causa zugefügten unmöglichen, unerlaubten und unſittlichen Suſpenſivbedingungen im rR. erfahren haben, nicht übernommen; vielmehr machen ſolche Bedingungen die letztwillige Zuwendung ebenſo nichtig, wie wenn ſie einem negotium inter vivos zugefügt ſind (S. 322[3], 324). Die unter einer aufſchiebenden Bedingung gemachte letztwillige Zuwendung gilt im Zweifel nur, wenn der Bedachte den Eintritt der Bedingung erlebt (§ 2074). Im Falle der röm. cautio Muciana wird die Suſpenſivbedingung kraft Geſetzes in eine Reſolutivbedingung umgedeutet (§ 2075).

Iſt eine letztwillige Zuwendung an eine Suſpenſivbedingung oder einen dies a quo geknüpft, ſo gelten die geſetzlichen Erben bis zum Eintritte des Ereigniſſes als Vorerben, bei einer Reſolutivbedingung oder einem dies ad quem als Nacherben (§§ 2104, 2105).

[10]) D. 28, 5, 9, pr.: Quotiens volens alium heredem scribere alium scripserit in corpore hominis errans, veluti „frater meus" (scribere volens scripserit) „patronus meus", placet neque eum heredem esse qui scriptus est, quoniam

aus der Verfügung mit Sicherheit zu entnehmen, welcher Perſon die Zuwendung gemacht oder über welchen Gegenſtand verfügt werden ſoll, ſo iſt eine falſche äußerliche Bezeichnung dieſer Perſon oder des Gegenſtandes unerheblich (z.B. ich ſetze meinen Lebensretter Mävius zum Erben ein, während der Lebensretter Titius heißt; falsa demonstratio non nocet, S. 1013).[11])

β. Ein irriger Beweggrund iſt, wie für die Geſchäfte unter Lebenden (S. 271[3]), ſo auch für die Verfügungen von Todes wegen grundſätzlich bedeutungslos (falsa causa non nocet, I. 2, 20, 31). Im ſpäteren rR. wurde jedoch dem ausdrücklich angeführten alleinigen Beweggrund ein Einfluß auf die Rechtsbeſtändigkeit der letztwilligen Verfügung eingeräumt, wenn anzunehmen iſt, daß der Erblaſſer bei Kenntnis der Sachlage die Verfügung nicht errichtet oder widerrufen hätte, ſo wenn ein Kind deshalb enterbt iſt, weil es unehelich ſei (D. 28, 2, 14, 2) oder als eheliches Kind eingeſetzt iſt, während es nach dem Tode des Vaters für unehelich erklärt wird (D. 49, 14, 46, pr.), wenn der Erblaſſer ein neues Teſtament errichtet, weil die im früheren Teſtament Eingeſetzten (D. 28, 5, 93) oder die Inteſtaterben (D. 5, 2, 28) verſtorben ſeien, wenn nicht verwandte Perſonen als verwandte eingeſetzt ſind (C. 6, 24, 7) und dem Erblaſſer in allen dieſen Fällen bei der Teſtamentserrichtung die wahre Sachlage unbekannt war[12]).

---

voluntate deficitur, neque eum quem voluit, quoniam scriptus non est.

[11]) I. 2, 20, 29: Si quid in nomine cognomine praenomine legatarii erraverit testator, si de persona constat, nihilo minus valet legatum: idem in heredibus servatur et recte: nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt, qui si quolibet alio modo intellegantur, nihil interest.

[12]) Der Beweggrund hat übrigens nach rR. auch in anderer Beziehung eine gewiſſe Bedeutung für die Wirkſamkeit letztwilliger Zuwendungen. Solche ſind nämlich nichtig, wenn ſie aus Beweggründen hervorgehen, welche vom Geſetz gemißbilligt werden. Hierauf beruht die Nichtigkeit der kaptatoriſchen Zuwendungen ſowie der legata poenae nomine relicta (S. 324[7]), ferner einer Einſetzung des Kaiſers „litis causa“, nämlich um einem Prozeßgegner

In solchen Fällen kann der Erbe einem unter Hervorhebung eines irrigen Beweggrundes berufenen Legatar eine exceptio doli entgegenstellen (D. 35, 1, 72, 6). Bei Erbeinsetzungen kann der Fiskus dem aus einem falschen Beweggrunde zum Erben Berufenen das Erworbene nach den Grundsätzen von der Erbunwürdigkeit entreißen (D. 49, 14, 46, pr., C. 6, 24, 4; unten § 172 b 3 β). Hat der Erblasser ein neues Testament errichtet, weil die in einem früheren Eingesetzten verstorben seien, so können diese die neue Erbeinsetzung anfechten, müssen aber die Legate des neuen Testaments erfüllen (D. 28, 5, 93).[13])

2. Zwang und Betrug.

α. Vis absoluta macht wie jede andere Willenserklärung (S. 301), so auch die letztwillige Verfügung nichtig. Über die Folgen einer durch Drohung (vis compulsiva) veranlaßten letztwilligen Verfügung herrscht bei dem Schweigen der Quellen hierüber Streit: nach den Einen ist das erzwungene Testament nichtig, nach anderen anfechtbar; manche lassen Indignität des Eingesetzten eintreten; nach Lenel versagte der Prätor dem in einem abgezwungenen Testament Eingesetzten die bonorum possessio, gewährte diese vielmehr dem, der sonst zur Erbschaft gelangt wäre, und schützte ihn gegen den Testamentserben[14]).

Schwierigkeiten zu bereiten (D. 28, 5, 93), endlich der Einsetzung eines Erben contumeliae causa (D. 28, 5, 9, 8).

In das BGB. ist hiervon nichts übergegangen. Es kann nur § 138 (Rechtsgeschäfte gegen die guten Sitten) in Betracht kommen.

[13]) Der Einfluß des Irrtums im Beweggrunde auf die Rechtsbeständigkeit letztwilliger Verfügungen ist, da das rR. nicht zu einem Abschlusse gelangt ist, für das Gem. R. bestritten. Nach BGB. kann eine letztwillige Verfügung angefochten werden, soweit der Erblasser hierzu durch die irrige Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Umstands bestimmt worden ist (§ 2078 Abs. 2), sowie dann, wenn der Erblasser einen zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Pflichtteilsberechtigten, dessen Vorhandensein ihm bei der Errichtung der Verfügung nicht bekannt war, übergangen hat (§ 2079). Über die Anfechtungsberechtigung, ihre Form und Frist vgl. §§ 2080—2083.

[14]) Nach BGB. § 2078 Abs. 2 ist die widerrechtlich durch Drohung veranlaßte letztwillige Verfügung anfechtbar seitens desjenigen (§ 2080), welchem ihre Aufhebung unmittelbar zu statten kommen würde.

β. Wer den Erblasser durch Zwang oder Betrug daran verhindert, eine letztwillige Verfügung zu errichten, zu ändern oder aufzuheben, verliert als indignus das ihm etwa vom Erblasser Zukommende an den Fiskus (unten § 172 b 1 η; vgl. D. 29, 6, C. 6, 34: Si quis alium testari prohibuerit vel coegerit; ebenso BGB. § 2339[5]). Derjenige, der eingesetzt oder mit einem Vermächtnis bedacht worden wäre, kann allerdings, weil der diesbezügliche Wille des Erblassers keinen Ausdruck gefunden hat, die Erbschaft oder das Legat nicht in Anspruch nehmen; er kann aber das ihm Entgangene mit der actio doli (S. 299) von dem beanspruchen, der sich der rechtswidrigen Einwirkung auf den Willen des Erblassers schuldig gemacht hat.

γ. Der Schreiber eines Testaments oder Kodizills wird — wenn er nicht alleiniger Intestaterbe des Erblassers ist — nach einem SC. Libonianum als Fälscher („Erbschleicher") nach der lex Cornelia de falsis (S. 180) bestraft, wenn er sich oder seinem Generalunterworfenen oder demjenigen, in dessen Gewalt er steht, in der von ihm geschriebenen Urkunde eine Zuwendung zuschreibt. Eine solche Zuwendung gilt ferner als nicht geschrieben, es sei denn, daß der Erblasser sie eigenhändig bestätigt (D. 48, 10, C. 9, 23, vgl. D. 34, 8, 1, pr.).[15])

§ 166. Die Erbeinsetzung[1]).

a. Einsetzungsfähigkeit.

1. Als Erbe eingesetzt, d. h. zur Gesamtnachfolge der ganzen Erbschaft oder eines Bruchteils berufen werden

---

[15]) Nach BGB. § 2235 kann als Urkundsperson oder Zeuge bei einem Testamente nicht auftreten, wer in dem Testament bedacht wird oder mit einem Bedachten verheiratet, in gerader Linie oder im 2. Grade der Seitenlinie verwandt oder verschwägert ist. Die Mitwirkung einer hiernach ausgeschlossenen Person hat nur die Nichtigkeit der betreffenden Zuwendung zur Folge.

[1]) I. 2, 14, D. 28, 5: De heredibus instituendis; C. 6, 24: De heredibus instituendis et quae personae heredes institui non possunt.

(S. 942) kann nur, wer die testamenti factio passiva hat[2]). Diese fehlt zunächst allen denen, die überhaupt erbunfähig sind (S. 938), sie mangelt aber auch gewissen an sich erbfähigen Personen.

α. Nach einer lex Voconia (169 v. Chr.), welche gegen den Luxus gerichtet war, dürfen Frauen mit Ausnahme der Vestalinnen von einem Bürger der ersten Censusklasse (classicus, S. 60) zu keinem Bruchteile zu Erben eingesetzt und mit Legaten nur bis zur Hälfte der Erbschaft bedacht werden[3]).

β. Dem Grundsatze folgend „certum esse debet consilium testantis" (S. 1011) ging das rR. davon aus, daß einsetzungsunfähig ist die persona incerta, d. h. eine Person, von deren Individualität der Erblasser sich noch keine bestimmte Vorstellung machen könne[4]). In der späteren

[2]) Außer in Militärtestamenten (D. 29, 1, 13, 2, C. 6, 21, 5). Über die testamenti factio activa, die Fähigkeit ein Testament zu errichten vgl. unten § 169 b. Nicht zu verwechseln mit der Einsetzungsunfähigkeit, bei deren Vorliegen das ganze Testament hinfällig ist, ist die Erwerbsunfähigkeit (incapacitas), durch welche ein an sich einsetzungsfähiger Erbe wegen eines in seiner Person vorliegenden Umstands außer stande ist, das ihm Zugewiesene zu erwerben (S. 939), und die Erbunwürdigkeit (indignitas), bei deren Vorliegen das von dem Eingesetzten bereits Erworbene ihm von einem Anderen wieder entrissen wird (unten § 172).

[3]) G. 2, 274. Die Vorschrift, daß Frauen die Hälfte der Erbschaft nur durch Legat, nicht durch Erbeinsetzung erhalten durften, ergab sich aus der straffen Durchführung des Prinzips der Universalsuccession im rR. Wären Frauen, wenn auch nur zu einem Bruchteil, für einsetzungsfähig erklärt worden, so hätten ihnen beim Fortfall von Miterben notwendig deren Anteile accrescieren müssen (S. 942), sodaß sie unter Umständen doch die ganze Erbschaft hätten erhalten können.

[4]) Vgl. I. 2, 20, 25 (u. G. 2, 238): Incerta persona videbatur, quam incerta opinione animo suo testator subiciebat, veluti si quis ita dicat: quicumque filio meo in matrimonium filiam suam collocaverit (der künftige Schwiegervater), ei heres meus illum fundum dato". Nicht als incerta persona galt aber eine, einem gewissen Kreise zu entnehmende Person, wenngleich sie noch nicht individuell bezeichnet werden kann: sub certa vero demonstratione, id est ex certis personis incertae personae recte legabatur, veluti „ex cognatis meis, qui nunc sunt, si quis filiam meam uxorem duxerit, ei heres meus illam rem dato".

Entwickelung ist jedoch der Satz „persona incerta heres institui nequit“ wesentlich abgeschwächt worden.

a. Zulässig wurde die Einsetzung juristischer Personen (S. 235, 239[10]) und seit Justinian (I. 2, 20, 27, C. 6, 48, 1, eine lex restituta, S. 139) die Einsetzung einer nur nach Merkmalen bestimmten Person, so auch der „Armen“, der „Gefangenen“, wobei das Armenhaus oder der Bischof des Wohnsitzes des Erblassers den Nachlaß zwecks der Verwaltung und der Verteilung der Einkünfte an sich nehmen sollte (ll. 24, 28, 48, C. 1, 3; vgl. BGB. § 2072).

b. Zulässig wurde ferner die Einsetzung eines postumus, worunter hier jedoch — wegen der Lehre von den drei Momenten, unten 2 — nicht bloß der nach dem Tode des Erblassers, sondern auch der bei dessen Lebzeiten, aber erst nach der Testamentserrichtung Geborene oder anderweit (durch Adoption) in die Kindesstellung Eingerückte zu verstehen ist[5]).

Anfänglich konnten nicht einmal postumi sui, d. h. die zu den sui heredes (S. 979) zählenden nachgeborenen Abkömmlinge in einem vor ihrer Geburt errichteten Testament eingesetzt oder enterbt werden. Dies führte besonders schwere Übelstände herbei; denn nach dem Grundsatze „agnatione postumi rumpitur testamentum“ (unten § 169 d 1) wurde jedes Testament hinfällig, wenn nach seiner Errichtung eine Person geboren wurde, welche die Stellung eines suus erlangte oder erlangt haben würde, wenn sie bei Lebzeiten des Testators geboren worden wäre. Zur Vermeidung der hierdurch hervorgerufenen Übelstände wurde die Einsetzungsfähigkeit der postumi sui in verschiedenen Stufen zugelassen.

1) Schon das alte Civilrecht gestattete dem pater familias die Institution und Exheredation eines nach dem

---

[5]) D. 28, 2: De liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis; C. 6, 29: De postumis heredibus instituendis vel exheredandis vel praeteritis. Die Hauptstelle über die Entwickelung ist die berühmte crux iuris consultorum (S. 135) D. 28, 2, 29, sog. lex Gallus (Anm. 6).

Tode des Erblassers Geborenen, der zur Zeit der Testamentserrichtung erzeugt war und, wenn er bei Lebzeiten des Erblassers geboren worden wäre, in der unmittelbaren Gewalt des Erblassers gestanden hätte (postumi legitimi).

2) Aquilius Gallus (S. 119, der Urheber der formula de dolo malo, S. 299, und der stipulatio Aquiliana, S. 483[12]) begründete die Zulässigkeit der Berücksichtigung der nach dem Tode des testierenden pater familias geborenen Enkel, deren Vater zur Zeit der Testamentserrichtung noch lebte und in der Gewalt des Testators stand, aber noch vor dem Testator gestorben war (postumi Aquiliani).[6])

3) Weiterhin erkannte eine lex Iunia Velleia aus der ersten Kaiserzeit auch die Einsetzungsfähigkeit der vor dem Tode des Testators, aber nach Errichtung des Testaments Geborenen (postumi Velleiani primi, d. h. ex capite primo) an, sowie der zwar schon bei Errichtung des Testaments vorhandenen, aber erst nachher durch Fortfall ihrer parens in die unmittelbare Gewalt des Testators getretenen, also sui heredes gewordenen Personen (postumi Velleiani secundi).

Allmählich wurde die Einsetzungsfähigkeit aller postumi anerkannt l. 1, pr. De incertis personis C. 6, 48: Recte quemlibet postumum qui vult heredem scribit. Auch dem postumus alienus (qui natus inter suos heredes testatoris futurus non est, I. 2, 20, 26), der anfänglich der Einsetzungsfähigkeit entbehrte, steht sie im just. R. zu[7]).

2. Die Einsetzungsfähigkeit muß vorhanden sein (sog. Lehre von den drei Momenten):

a. zur Zeit der Testamentserrichtung;

---

[6]) D. 28, 2, 29, pr. (lex Gallus): Gallus sic posse institui postumos nepotes induxit: „Si filius meus vivo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos sive quae neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus nata erit, heredes sunto".

[7]) Unzulässig ist nur — als unsittlich — die Einsetzung eines mit einer Person, mit welcher die Ehe verboten ist, erzeugten postumus (I. 2, 20, 28: nisi in utero eius sit, quae iure nostra uxor esse non potest).

β. zur Zeit der Berufung (also in der Regel beim Tode des Erblassers, bei bedingter Einsetzung z. B. des Eintritts der Bedingung, S. 1013), dagegen ist Unfähigkeit zwischen der Testamentserrichtung und der Berufung unschädlich (D. 28, 5, 60, 4);

γ. in der Zeit von der Berufung bis zum Erwerbe der Erbschaft[8]).

b. Form der Erbeinsetzung.

1. Nach klassischem Recht muß die Erbeinsetzung:

α. an der Spitze des Testaments stehen, was ihr vorhergeht, ist ohne Gültigkeit[9]); Justinian hat diesen Satz beseitigt (C. 6, 23, 24);

β. erfolgen verbis directis, latinis, imperativis (G. 2, 117: „Titius heres esto", „Titium heredem esse iubeo"; unzulässig war zB. die Formel „heredem instituo, facio, esse volo"). In der 4. Periode wurde durch Konstantin II (339) jede deutliche Berufung (C. 6,

[8]) Das Gem. R. hat die Lehre von den drei Momenten aufgegeben. Einsetzungsfähig ist unstreitig, wer zur Zeit des Erbfalls erbfähig ist, auch wenn er es zur Zeit der Testamentserrichtung nicht war. Nach der herrschenden Meinung gilt aber der Grundsatz der Koexistenz, d. h. eine letztwillige Zuwendung kann nur an den erfolgen, der zur Zeit des Erbfalls mindestens schon erzeugt war; wer dagegen beim Tode des Erblassers noch nicht einmal erzeugt war, ist nicht erbfähig, auch wenn er zur Zeit des Eintrittes des Berufungsfalls vorhanden ist. Dernburg bekämpft diesen Satz als nichtrömisch mit dem Hinweis, daß der römische Erblasser seinem Sklaven gültig von einem künftigen Termine an die Freiheit hinterlassen und ihn, obwohl er demnach beim Tode des Erblassers noch nicht rechtsfähig war, zum Erben einsetzen konnte (D. 28, 5, 9, 17 u. 18).

Nach BGB. § 1923 kann ebenfalls nur Erbe werden, wer zur Zeit des Todes des Erblassers mindestens schon erzeugt ist (S. 201). Es kann aber ein noch nicht Erzeugter zum Nacherben eingesetzt werden, und es spricht sogar eine gesetzliche Vermutung dafür, daß eine zum Erben eingesetzte, beim Tode des Erblassers noch nicht erzeugte Person als Nacherbe eingesetzt sein soll (§ 2101).

[9]) G. 2, 229: Ante heredis institutionem inutiliter legatur, scilicet quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, et ob id velut caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio.

23, 15: si modo per eam liquebit voluntatis intentio) in beliebiger Sprache (C. 6, 23, 21, 6) für genügend erklärt.

2. Die Bezeichnung des Erben muß deutlich (falsa demonstratio non nocet, S. 1013), wenn auch nicht unbedingt mit Namensnennung (D. 28, 5, 9, 8) erfolgen; sie kann sogar auch einer anderen Urkunde (streitig) oder einem Kodizille — das Erbeinsetzungen selbst nicht enthalten darf, S. 965 — vorbehalten werden (quem heredem codicillis fecero, heres esto, D. 28, 5, 78, sog. testamentum mysticum). Ist die Erbeinsetzung von später zuzufügenden Bedingungen abhängig gemacht, sind solche aber nicht angeführt, so gilt sie als unbedingt (C. 6, 25, 9). Hat aber der Erblasser seinen Willen nicht vollständig ausgedrückt, ist er zB. verschieden, ehe er alle Erben bezeichnet oder die Bedingung ausgedrückt hat, von deren Eintreten er die von ihm erklärte Erbeinsetzung abhängig machen wollte, so ist das Testament gänzlich hinfällig (D. 28, 1, 25; 28, 5, 9, 5 u. 6).

3. Nach rR. galt wegen des Erfordernisses der Bestimmtheit der Bezeichnung der Erben der Satz, daß eine Erbeinsetzung nicht aus einer Bedingung entnommen werden kann, die einer anderen Anordnung zugefügt ist: „si mihi Seius heres non erit", quem non instituerat, „Sempronius heres esto", D. 28, 5, 19; gemeinrechtlich durch das Sprüchwort ausgedrückt: „positus in condicione non est positus in dispositione"[10]).

c. Gegenstand der Erbeinsetzung.

1. Ist nur ein Erbe eingesetzt, so erhält er nach rR. die ganze Erbschaft, gleichgültig ob er als Universalerbe

[10]) Nach BGB. § 2087 kommt es bei der Erbeinsetzung auf die gewählten Ausdrücke nicht an; derjenige, dem der Erblasser sein Vermögen ganz oder zu einem Bruchteil als Gesamtheit zuwendet, ist Erbe, derjenige, dem er nur einzelne Gegenstände zuwendet, ist Vermächtnisnehmer, gleichgültig, welche Worte angewendet werden. Auch in einem Bedingungssatze kann eine hinreichend deutliche Erbeinsetzung gefunden werden. Das test. mysticum ist dem BGB. unbekannt. Die Urkunde, in der der Name des Erben genannt ist, muß den Erfordernissen des Testaments entsprechen.

(heres ex asse, S. 60[1]) bezeichnet oder ob er nur zu einem Bruchteil zum Erben ernannt oder ihm — aber als einem „heres“ — sogar nur eine bestimmte Sache zugewiesen ist (sog. heres ex re certa). Denn nach dem Grundsatze: „nemo pro parte“ (S. 977) treten für die Bruchteile und Gegenstände, über welche der Erblasser nicht verfügt hat, nicht etwa (wie nach BGB. §§ 2088 Abs. 1, S. 978[17], 2149) die Intestaterben ein, sondern die der Erbeinsetzung beigefügte Beschränkung gilt als nicht geschrieben[11]). Nur bei Soldatentestamenten, für welche der Grundsatz „nemo pro parte“ nicht gilt (S. 978), erhalten die Intestaterben die Vermögensteile, über die der Erblasser nicht verfügt hat.

---

[11]) Die heredis institutio ex re certa gehört zu den am meisten umstrittenen Punkten des Gem. R. Da der heres begrifflich Universalsuccessor ist, enthält eine „Erbeinsetzung auf eine bestimmte Sache“ einen inneren Widerspruch.

a. Ist ein Einziger als Erbe eingesetzt und auf eine bestimmte Sache hingewiesen (Titius heres esto fundi Corneliani), so wird die Beschränkung gestrichen; D. 28, 5, 1, 4: Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detracta fundi mentione. Ergibt das Testament jedoch (zB. bei Vergleichung mit einem früheren, aufrecht erhaltenen Testamente), daß die Beschränkung auf die certa res zu Gunsten eines Dritten erfolgt ist, so wird in der heredis institutio ex re certa die Anordnung eines Universalfideikommisses (S. 970) gefunden; der Eingesetzte behält also nur die res certa und muß den sonstigen Nachlaß dem Fideikommissar herausgeben (D. 36, 1, 30).

b. Sind mehrere als Erben ex certis rebus eingesetzt (Titius soll die res Italicae, Seius die res provinciales erben oder Titius die bona paterna, Seius die bona materna), so gelten sie ohne Rücksicht auf den Wert der ihnen zugeteilten Sachen als zu gleichen Teilen als Erben eingesetzt und die Zuweisung bestimmter Vermögensstücke hat nur Bedeutung für die Art der Erbteilung (D. 28, 5, 35 und 79).

c. Ist ein Erbe ex re certa und daneben ein anderer ohne diesen Zusatz eingesetzt, so gilt nach Justinians viel umstrittener l. 13 C. 6, 24 den Gläubigern und Schuldnern gegenüber nur der letztere als wahrer Erbe, der heres ex re certa nur als Legatar.

Nach BGB. § 2087 Abs. 2 gilt die Zuwendung einzelner Gegenstände nicht als Erbeinsetzung, auch wenn der Bedachte als Erbe bezeichnet ist (Anm. 10).

2. Sind mehrere Erben (heredes pro parte) eingesetzt, so pflegten die ihnen zugewiesenen Teile in Rom in Zwölfteln des as, also nach dem Duodezimalsystem bestimmt zu werden (S. 942[6], I. 2, 14, 5, heute nach beliebigen Bruchteilen).

α. Sind mehrere Erben ganz ohne Bestimmung ihrer Erbteile eingesetzt (heredes sine partibus scripti), so gelten sie als zu gleichen Teilen eingesetzt (I. 2, 14, 6, ebenso BGB. § 2091).

β. Erreicht die Gesamtsumme der Erbteile nicht ein Ganzes (as), so treten, ebenso wie im Falle 1 (außer bei Militärtestamenten) nicht etwa die Intestaterben ein, sondern die Anteile werden entsprechend erhöht (I. 2, 14, 7). Ist also nur A zu $^1/_3$, B zu $^1/_3$ eingesetzt, so erhält jeder $^1/_2$.[12])

γ. Übersteigt die Gesamtsumme der Erbteile ein Ganzes, so tritt eine verhältnismäßige Verminderung der Erbteile ein (I. 2, 14, 7); sind zB. A, B, C, D auf je $^1/_3$ eingesetzt, so erhält jeder $^1/_4$ (ebenso BGB. § 2090); vgl. I. 2, 14, 7 und die abweichende Bestimmung Justinians in C. 6, 37, 23 für den Fall einer Beschränkung der ursprünglichen auf das Ganze gehenden Zuwendung durch eine neue Verfügung.

δ. Sind von mehreren Erben einzelne auf bestimmte Bruchteile (ex certis partibus) eingesetzt, andere ohne Bestimmung von Bruchteilen (sine partibus), so ist zu unterscheiden:

a. Die bestimmt angegebenen Bruchteile lassen noch einen Rest übrig (A soll zu $^2/_3$, B zu $^1/_6$ mein Erbe sein, auch C soll mein Erbe sein); dann erhält der ohne Bruchteil Eingesetzte den Rest (I. 2, 14, 6; C. erhält $^1/_6$, ebenso BGB. § 2092 Abs. 1).

---

[12]) Anders nach BGB. §§ 2088 Abs. 2, 2089. Danach tritt eine Erhöhung nur ein, wenn die eingesetzten Erben, deren Anteile das Ganze nicht erschöpfen, nach dem Willen des Erblassers die alleinigen Erben sein sollen; sonst tritt in Ansehung des übrigen Teils die gesetzliche Erbfolge ein.

b. Die bestimmt angegebenen Bruchteile erschöpfen oder übersteigen ein Ganzes; dann gilt ein ausdrücklich auf den Rest Eingesetzter als nicht eingesetzt (D. 28, 5, 17, 3). Ist aber durch die zu bestimmten Bruchteilen Eingesetzten das as erschöpft oder überstiegen und daneben schlechthin ein Erbe eingesetzt, so wird zur Ermittelung des diesem zuzuweisenden Erbteils der Satz verwendet: ex asse fit dupondium (ein Doppelas, S. 140[1]), d. h. die Zwölftel der eingesetzten Erben werden auf Vierundzwanzigstel vermindert und der ohne Bestimmung eines Erbteils zum Erben Eingesetzte erhält dann den Rest (I. 2, 14, 8; zB. A ist ex besse = $^{8}/_{12}$, B ex dodrante = $^{9}/_{12}$, C schlechthin eingesetzt, dann erhält A $^{8}/_{24}$, B $^{9}/_{24}$, C den Rest von $^{7}/_{24}$). Unter Umständen genügt die Verminderung der fest bestimmten Teile auf die Hälfte (von $^{1}/_{12}$ auf $^{1}/_{24}$) nicht, weil die Summe der sich dann ergebenden Vierundzwanzigstel immer noch ein Ganzes übersteigt, dann tritt eine Verminderung der fest bestimmten Bruchteile auf $^{1}/_{3}$ ein; aus den Zwölfteln werden Sechsunddreißigstel (ex asse fit tripondium).[13])

3. Bei der Einsetzung mehrerer Erben kann Verbindung (coniunctio) einiger der Miterben eintreten.

α. Die Verbindung kann erfolgen (D. 50, 16, 142):

a. re tantum: mehrere Erben sind in verschiedenen Sätzen auf denselben Erbteil eingesetzt;

b. re et verbis: mehrere Erben sind in demselben Satze auf denselben Erbteil eingesetzt;

c. verbis tantum: mehrere Erben sind in demselben Satze auf verschiedene Erbteile eingesetzt.

---

[13]) Nach BGB. § 2092 Abs. 2 tritt eine verhältnismäßige Minderung der das Ganze erschöpfenden Bruchteile in der Weise ein, daß jeder der ohne Bruchteile eingesetzten Erben so viel erhält, wie der mit dem geringsten Bruchteile bedachte Erbe. Im obigen Beispiele würde also C gleich A $^{8}/_{12}$ erhalten. Die sich so ergebenden 8+9+8 Zwölftel sind gemäß § 2090 verhältnismäßig zu vermindern. Dies geschieht dadurch, daß man die Zähler (der auf den gleichen Nenner gebrachten) Brüche zusammenzählt und diese Zahl (25) zum Nenner macht; A und C erhalten somit je $^{8}/_{25}$, B erhält $^{9}/_{25}$.

β. Eine rechtliche Bedeutung hat nur die coniunctio re oder re et verbis (Einsetzung auf einen gemeinschaftlichen Erbteil, ebenso BGB. § 2093), während die coniunctio verbis tantum nur eine rechtlich bedeutungslose kürzere Ausdrucksweise darstellt[14]). Die Bedeutung der ersteren Verbindungen zeigt sich zunächst darin, daß die auf denselben Erbteil Eingesetzten für die Verteilung der Erbschaft als eine Person behandelt werden. Bei einer Einsetzung zB. „Sempronius ex parte dimidia heres esto; Titius et Maevius ex parte dimidia heredes sunto" (eine re et verbis coniunctio) erhalten Sempronius $^1/_2$, Titius und Maevius je $^1/_4$, ebenso bei der „re tantum coniunctio": „Sempronius ex parte dimidia heres esto; Titius ex parte dimidia heres esto. Maevius ex parte, qua Titium heredem institui, heres esto".

Eine weitere Bedeutung hat die coniunctio re und re et verbis für die Accrescenz (S. 1030) und die Substitution (S. 1033), indem die auf einen gemeinschaftlichen Erbteil verwiesenen Erben als eine engere Gruppe unter den Miterben behandelt werden.

d. Anwachsung[15]).

1. Wie S. 942 dargelegt, entspricht es dem Prinzipe

---

[14]) Ob eine bloße verbis coniunctio oder eine re et verbis coniunctio vorliegt, ist mitunter zweifelhaft. Als re coniunctio wird zB. in D. 28, 5, 60, 2 die Einsetzung behandelt: Titius heres esto: Seius et Maevius heredes sunto; vgl. ferner D. 28, 5, 15: Interdum haec adiectio: „aeque heredes sunto" testatoris voluntatem exprimit, ut puta „Primus et fratris mei filii aeque heredes sunto": nam haec adiectio declarat omnes ex virilibus partibus institutos, ut et Labeo scripsit, qua detracta semissem fratris filii, semissem Primus haberet.

Als bloße verbis coniunctio gilt die Einsetzung (D. 28, 5, 67): Titius heres esto; Gaius et Maevius aequis ex partibus heredes sunto. Dann gelten G. u. M. nicht zusammen als auf die Hälfte, sondern jeder als auf ein besonderes Viertel eingesetzt. Es findet also zwischen ihnen keine besondere Accrescenz statt wie dann, wenn beide zusammen auf die Hälfte eingesetzt wären.

[15]) Über das Anwachsungsrecht bei der gesetzlichen Erbfolge und dessen Ausschluß durch die successio graduum vgl. S. 956.

der Universalsuccession, daß jeder von mehreren Erben als auf die ganze Erbschaft berufen gilt und nur durch die Konkurrenz der Miterben (concursu fiunt partes) auf den ihm angewiesenen Bruchteil beschränkt wird. Die Folge dieses Grundsatzes ist, daß, sobald ein Miterbe fortfällt — sei es vor der Berufung (durch Versterben vor dem Erblasser), oder nachher (durch Ausschlagung oder durch Ausfall der Bedingung oder infolge eintretender Erbunfähigkeit) —, sich die Erbteile der übrigen von selbst ausdehnen, daß der Erbteil des Wegfallenden den übrigen Miterben „anwächst" („accresciert"), gerade so als hätte der Erblasser von vornherein mit den verteilten Bruchteilen die Erbschaft nicht völlig erschöpft (S. 1025).[16]) Daraus folgt:

α. Die Anwachsung vollzieht sich mit Rechtsnotwendigkeit (D. 29, 2, 31; 37, 11, 2, 8). Sie kann vom Testator nicht ausgeschlossen (wenn auch durch Anordnungen von Substitutionen verhindert, S. 1033) und vom Erben nicht zurückgewiesen werden; vielmehr erwirbt der Erbe, der die Urportion erworben hat, damit von selbst auch die Anwachsung und kann nicht jene antreten und diese ausschlagen[17]).

β. Die Anwachsung ist keine selbständige Berufung, sondern erweitert nur den Gegenstand der ersten Berufung. Ist daher der Miterbe, der die Urportion erworben hat, verstorben, ehe das die Anwachsung herbeiführende Ereignis eintrat, so fällt diese seinen Erben zu (portio portioni accrescit, C. 6, 51, 1, 10a).

---

[16]) Nur beim testamentum militis, für das der Grundsatz „nemo pro parte" (S. 978) nicht gilt, tritt auch für den Erbteil eines Fortgefallenen nicht Accrescenz ein, sondern Inteſtaterbfolge (D. 29, 1, 37).

[17]) Aus Billigkeitsgründen kann der Miterbe den Zuwachs ablehnen:

a. mit der Urportion, wenn ein suus den ihm ipso iure zugefallenen Erbteil kraft des prätorischen ius abstinendi abgelehnt hat (D. 29, 2, 55 u. 56);

b. ohne die Urportion, wenn der Zuwachs dadurch veranlaßt ist, daß ein Erbe gegen die Antretung der Erbschaft in integrum restitutio erlangt hat (D. 29, 2, 61).

γ. Der Miterbe, dem die Anwachsung zufällt, hat — seit einer Bestimmung Severs, D. 31, 61, 1 — die den weggefallenen Miterben persönlich auferlegten Lasten (zB. Fideikommisse) zu tragen (portio accrescit cum suo onere).[18])

[18]) Eine vorübergehende Einschränkung erlitt das Accrescenzrecht infolge der Vorschriften der lex Iulia et Papia Poppaea (S. 103[5]). Danach war zu unterscheiden, ob eine letztwillige Verfügung pro non scripto zu behandeln oder eine Zuwendung caducum oder in causa caduci war (Ulp. fragm. 17 u. 18).

a. Pro non scripto galten Testamentsbestimmungen, die iure civili von vornherein ungültig waren, zB. eine Zuwendung an einen Erbunfähigen. Hierfür blieb das alte Accrescenzrecht (ius antiquum) unverändert bestehen. Da die Verfügung ungültig war, brauchten die den freiwerdenden Erbteil Accrescierenden die auf ihn gelegten Lasten nicht zu übernehmen.

b. Caducum ist, was von dem gültig Bedachten infolge eines nach dem Tode des Testators eintretenden Umstands nicht erworben werden kann, sei es infolge von Inkapazität (S. 939) oder des Todes des Bedachten vor der Testamentseröffnung. In causa caduci (Quasicaducum) ist, was von dem ursprünglich gültig Bedachten infolge eines vor dem Tode des Testators eingetretenen Umstands nicht erworben werden kann, zB. wegen Ausfalls der der Zuwendung beigefügten Bedingung oder wegen Versterbens des Bedachten vor dem Erblasser.

Bezüglich dieses caducum und in causa caduci hielt die lex Iulia et Papia Poppaea das bisherige Accrescenzrecht nur zu Gunsten der liberi und der parentes des Testators bis zum dritten Grade aufrecht. Die sonstigen im Testamente Bedachten dagegen verloren das Accrescenzrecht, und dieses (die caducorum vindicatio) wurde nur denjenigen im Testamente Bedachten zugewiesen, welche Kinder hatten (patres qui in eo testamento liberos habent) und zwar zuerst den Erben, an zweiter Stelle den Legataren. Mangels solcher patres erhielt der Fiskus das caducum; nach einer Konstitution Caracallas (Antoninus) schloß der Fiskus sogar die parentes aus. Durch das Vorhandensein eines Substituten wurde wie die Accrescenz (S. 1033) so auch die caducorum vindicatio ausgeschlossen.

Der Erwerb des caducum erfolgte stets cum suo onere, d. h. unter notwendiger Übernahme der auf dem Zugewendeten ruhenden libertates, legata, fideicommissa usw.

Justinian hat in der l. un. C. De caducis tollendis 6, 51 das ius caduca vindicandi beseitigt und das ius antiquum wieder hergestellt, hierbei aber den Grundsatz aufstellend, daß jede Accrescenz, auch wo sie infolge der Ungültigkeit der Verfügung eintritt (a), cum onere erfolgt.

2. Eine Accrescenz kann nur eintreten, wenn ein Erbteil wirklich frei wird. Dies ist zunächst nicht der Fall, wenn einer der S. 986 besprochenen Transmissionsfälle vorliegt. Denn alsdann treten die Erben des Wegfallenden an dessen Stelle (C. 6, 51, 1, 5). Der Erbteil eines wegfallenden Erben ist aber auch dann nicht frei, wenn dem Erben ein Substitut (S. 1031) nachgeordnet ist; denn dann tritt dieser an die Stelle des Wegfallenden (D. 37, 11, 2, 8, ebenso BGB. § 2099). Transmission und Substitution schließen also die Accrescenz aus.

3. Stehen mehrere Erben selbständig neben einander, so wächst der Erbteil eines Wegfallenden den übrigen nach Maßgabe ihrer Erbteile zu. Ist A zu $^1/_2$, B zu $^1/_3$, C zu $^1/_6$ berufen und fällt C fort, so erhält A $^3/_5$, B $^2/_5$. Sind aber von den Erben einige re oder re et verbis coniuncti (S. 1026), so wächst der Erbteil eines von ihnen zunächst der engeren Gruppe an[19]). Wird zB. A zu $^1/_3$, B und C gemeinschaftlich zu $^1/_2$ und D zu $^1/_6$ der Erbschaft berufen, so wächst, wenn C fortfällt, sein Erbteil ausschließlich dem mit ihm auf den gemeinschaftlichen Erbteil berufenen B zu; fällt dagegen A fort, so erhöhen sich die Erbteile des B auf $^3/_8$, des C auf $^3/_8$, des D auf $^1/_4$.[20])

---

[19]) Ebenso erhöhen sich bei der Intestaterbfolge, soweit hierbei überhaupt Accrescenz, nicht Succession, eintritt (S. 956), bei der Berufung in stirpes (S. 951) oder in lineas (S. 953) zunächst nur die Anteile der stirps oder der linea, welcher ein wegfallender Miterbe angehört. Hinterläßt der Erblasser zB. als gesetzliche Erben seinen Sohn A, seine Enkel von einem verstorbenen Sohne B, namens C und D und seine Urenkel von Bs ebenfalls schon verstorbenem Sohne E, namens F, G, H, so wächst, falls A entsagt, sein Erbteil ($^1/_2$) zu je $^1/_3$ dem C und D und zu je $^1/_6$ dem F, G, H zu. Entsagt dagegen C, so erhöht sich As Anteil nicht; vielmehr fällt Cs Erbteil ($^1/_4$) zu $^1/_2$ an D und zu je $^1/_8$ an F, G, H. Entsagt H, so erhöhen sich die Erbteile von A, C und D nicht; Hs Erbteil ($^1/_{16}$) fällt je zur Hälfte an F und an G.

[20]) Nach BGB. tritt Anwachsung nicht, wie nach rR., kraft Rechtsnotwendigkeit ein, vielmehr nur kraft vermuteten Willens des Erblassers. Dieser kann sie daher ausschließen (§ 2094 Abs. 3). Die Anwachsung tritt aber überhaupt nur dann ein, wenn mehrere Erben in einer die Intestaterbfolge ausschließenden Weise eingesetzt

e. Substitution.

1. Allgemeines.

Vermöge der Testierfreiheit hat der Erblasser das Recht, außer einem in erster Linie eingesetzten Erben (institutus heres primo gradu, D. 28, 6, 1, pr.) einen anderen zu ernennen (plures gradus heredum facere), der unter gewissen Voraussetzungen die Erbschaft erlangen soll, sog. Substitution (heredes secundo, tertio gradu). Das rR. kennt zwei Arten der Substitution (I. 2, 15 u. 16, D. 28, 6, C. 6, 26).

α. Der Erblasser beruft den Substituten für den Fall, daß der Eingesetzte nicht Erbe wird, gemeine oder Vulgarsubstitution des Gem. R., Ersatzerbschaft des BGB. (unten 2).

β. Der testierende pater familias bestimmt seinem Hauskinde einen Erben für den Fall, daß es als impubes (pupillus) verstorben sollte; Pupillarsubstitution des Gem. R. (unten 3). Diesem Falle ist die Quasipupillarsubstitution (unten 4) für ein aus anderen Gründen testierunfähiges Kind nachgebildet. Beide Arten der Substitution sind dem BGB. unbekannt[21]).

---

sind. Ist dagegen durch die Erbeinsetzung nur über einen Teil der Erbschaft verfügt, sodaß (S. 978[17]) für den Rest die gesetzliche Erbfolge stattfindet, so tritt die Anwachsung unter den Eingesetzten nur dann ein, wenn sie auf einen gemeinschaftlichen Erbteil eingesetzt (re coniuncti) sind (§ 2094 Abs. 1 u. 2).

Bei der gesetzlichen Erbfolge spricht das BGB. nicht von Anwachsung, sondern von Erhöhung des Erbteils. Die Wirkungen sind aber die gleichen. Insbesondere können Erhöhung und Anwachsung nicht selbständig angenommen oder ausgeschlagen werden (§ 1950); nur für die onera gelten beide als selbständiger Erbteil (§§ 1935, 2095).

[21]) Eine dritte Art ist die sog. fideikommissarische Substitution (Nacherbschaft des BGB.). Hierbei beruft der Erblasser den Substituten in der Weise, daß er erst beim Eintritt eines gewissen Ereignisses oder von einem gewissen Zeitpunkt an Erbe wird, nachdem zunächst ein Anderer Erbe geworden ist. Dies war nach rR. wegen des Grundsatzes semel heres, semper heres (S. 970) unmöglich. Eine mehrfache aufeinander folgende Universalsuccession in denselben Nachlaß wurde jedoch der Wirkung nach durch die Zulassung des Uni-

2. Vulgarsubstitution.

a. Vulgarsubstitution (Substitution schlechthin) ist die Ernennung eines Ersatzmannes (substitutus) für den Fall,

---

versalfideikommisses (S. 970) ermöglicht (vgl. G. 2, 184: Extraneo heredi instituto — vgl. dagegen S. 1035 — ita substituere non possumus, ut, si heres extiterit et intra aliquod tempus decesserit, alius ei heres sit; sed hoc solum nobis permissum est, ut eum per fideicommissum obligemus, ut hereditatem nostram totam vel pro parte restituat). Immerhin handelte es sich hierbei nicht um die Einsetzung mehrerer Erben hintereinander, wie auch der Ausdruck substitutio fideicommissaria für diesen Fall den Quellen fremd ist (I. 2, 23: De fideicommissariis hereditatibus). Vielmehr wurde rechtlich nur der Erstbedachte (heres fiduciarius) als Erbe angesehen, während der Nachgesetzte (heres fideicommissarius) die rechtliche Stellung eines bloßen Vermächtnisnehmers hatte. Daher genügt für das Universalfideikommiß die Kodizillarform und sind hierbei alle Bedingungen und Befristungen zulässig; ferner bedarf es zum Erwerb auch bei extranei nicht der Antretung (S. 981) und ist es vom dies cedens ab vererblich (S. 1060); und endlich unterliegt es wie ein Legat dem Abzug der Quarta Falcidia Trebellianica, S. 972) seitens der Erben. Andererseits wurde durch das Universalfideikommiß die Erbschaft als solche übertragen, nicht deren Bestandteile, sodaß wie bei der Erbfolge eine Universalsuccession herbeigeführt wurde.

Somit wies das Universalfideikommiß nach rR. eine Doppelnatur auf, indem es teils als Erbfolge teils als Vermächtnis behandelt wurde. Dies beruhte darauf, daß man sich scheute, den Satz „semel heres, semper heres" aufzuheben, obgleich er sich den Bedürfnissen des Verkehrs entgegenstellte. Das BGB. hat diesen Satz beseitigt (S. 971[3]) und erkennt daher ohne Umwege die Möglichkeit an (§ 2100), einen Erben (Nacherben) in der Weise einzusetzen, daß dieser erst Erbe wird, nachdem zunächst ein Anderer (Vorerbe) bis zum Eintritt eines bestimmten Zeitpunkts oder Ereignisses, im Zweifel bis zu seinem Tode (§ 2106), Erbe geworden ist. Nach BGB. ist also auch der Nacherbe wirklich Erbe, nicht, wie der fideicommissarius des rR., eigentlich nur Legatar. Er erhält die Erbschaft aber nicht schon mit dem Erbfall, also dem Tode des Erblassers, sondern erst mit dem Eintritte des Falls der Nacherbfolge; erst in diesem Augenblicke muß deshalb seine Erbfähigkeit vorhanden sein und die Nacherbfolge gewährt daher ein Mittel, einen im Augenblicke des Todes des Erblassers noch nicht Erzeugten (S. 939) zum Erben einzusetzen (§ 2101). Andererseits erwirbt der Nacherbe doch schon mit dem Erbfall eine Anwartschaft auf den Nachlaß, die sich auch schon vom Tode des Erblassers an weiter vererbt (§ 2108). Daher ist der Vorerbe in der freien Verfügung über den Nachlaß im Interesse der

daß der als Erbe Eingesetzte (institutus) die Erbschaft nicht erwerben könnte oder wollte. Dem Substituten kann wieder ein Substitut bestimmt werden und so fort. Das test. Dasumii (S. 106[6]) weist zB. 6 Substitutionen auf[22]). Der Zweck der Substitution ist, das Hinfälligwerden des Testaments wegen Mangels eines Erben (test. destitutum, unten § 169 d 1 β) und damit das Eintreten der gesetzlichen Erbfolge auszuschließen.

Solange die Accrescenz durch die Kaduzität beschränkt wurde (S. 1029[18]), bot die Substitution ferner ein Mittel, die Kaduzität auszuschließen. Denn diese trat, ebenso wie die Accrescenz, nur ein, wenn ein Erbteil erblos wurde; dies war aber beim Vorhandensein eines Substituten nicht der Fall (Substitution geht vor Accrescenz, BGB. § 2099, S. 1030; dagegen geht Transmission vor Substitution, S. 986). Der Erblasser brauchte daher (vgl. C. 6, 51, 1α), um die Kaduzität auszuschließen, die Erben nur einander wechselseitig zu substituieren (substitutio reciproca s. mutua, D. 31, 64), wozu eine kurze Klausel

---

Erhaltung des letzteren für den Nacherben beschränkt (§§ 2113 ff.) und der Nacherbe zu Sicherungsmaßregeln berechtigt (§§ 2121 ff.). Der Erblasser kann den Vorerben jedoch von diesen, seine Verfügung und Verwaltung beengenden Vorschriften befreien, was insbesondere allgemein dadurch geschehen kann, daß er den Erben auf dasjenige einsetzt, was beim Eintritte der Nacherbfolge von der Erbschaft vorhanden sein wird (§§ 2136 ff., fideicommissum eius quod supererit, § 168[4]).

[22]) Sind mehrere Substitutionsgrade geschaffen, so gilt der spätere Substitut nicht nur dem unmittelbaren Vormann, sondern bei dessen Fortfall auch dem Instituten als substituiert (substitutus substituto est substitutus instituto). Sind ferner mehrere Erben eingesetzt (A, B) und der eine (B) dem anderen (A) substituiert und für den substituierten Miterben (B) ein weiterer Substitut (C) geschaffen, so gilt dieser (C) dem Miterben (B) sowohl für seine Institutionsportion als auch für seine Substitutionsportion (also für As Erbteil) als substituiert: substitutus (C) substituto instituto (B) substitutus huic (B) quoque censetur qua instituto (I. 2, 15, 3, D. 28, 6, 27 u. 41, pr.). Ob Institutions- und Substitutionsportion nur einheitlich erworben werden können oder der die Institutionsportion Annehmende die Substitutionsportion ausschlagen kann und umgekehrt, ist streitig. Nach BGB. § 1951 Abs. 2 gilt in der Regel einheitlicher Erwerb.

(„eosque invicem substituo“ oder sogar nur „Publius Marcus Gaius invicem substituti heredes mihi sunto“, D. 28, 5, 37, 1) genügte (substitutio compendiosa oder breviloquens). Dann gelten die Miterben als im Verhältnis ihrer Erbteile dem Wegfallenden substituiert (C. 6, 26, 1), sodaß das gleiche Ergebnis eintritt wie bei Accrescenz (ebenso BGB. § 2098 Abs. 1).[23]) Die auf einen gemeinschaftlichen Erbteil Eingesetzten (coniuncti) gehen dann für diesen Erbteil den anderen vor (D. 28, 6, 41, 4; BGB. § 2098 Abs. 2).[23a])

Die Anwendung einer Substitution war in Rom sehr gewöhnlich; daher der Name substitutio vulgaris.

β. Der Substitut ist nur unter der Bedingung eingesetzt, daß der Institut nicht erben kann oder will (Si Titius heres non erit, Gaius heres esto);[24]) er muß daher (S. 1013) den Eintritt des Substitutionsfalles (z. B. Ausschlagung der Erbschaft durch den Instituten) erleben, transmittiert die Rechte aus der Substitution also nicht auf seine Erben (D. 29, 2, 81).[25])

γ. Der Substitut tritt völlig in die Stellung des Instituten, muß also im Zweifel (D. 30, 74) die diesem auferlegten Vermächtnisse auch seinerseits erfüllen (ebenso BGB. § 2161).

---

[23]) Immerhin unterscheidet sich die Erbfolge auf Grund einer substitutio reciproca von der durch Accrescenz herbeigeführten insofern, als der Substitut den Substitutionsfall erleben muß (s. o.), während die Accrescenz auch den Erben des hierzu berechtigten Miterben zufällt (S. 1028).

[23a]) Sind also A und B coniunctim auf ½, C und D disiunctim auf je ¼ eingesetzt und fällt D fort, so erhalten von dessen Viertel A, B, C je ⅓; fällt dagegen A fort, so fällt dessen Erbteil allein an B.

[24]) Hat der Erblasser die Substitution nur für den Fall des Nichtkönnens angeordnet, so gilt sie auch für den Fall des Nichtwollens und umgekehrt (gemeinr. Regel: casus impotentiae involvit casum voluntatis et vice versa, ebenso BGB. § 2097).

[25]) Anders nach BGB., weil hier die Berufung des Ersatzerben schon mit dem Tode des Erblassers als (eventuell) geschehen gilt (§ 1953 Abs. 2, S. 955[11]).

3. Pupillarsubstitution.

Der pater familias ist befugt, für einen suus (oder einen postumus suus, S. 1021) einen Erben (den sog. Pupillarsubstituten) für den Fall zu bestimmen, daß der suus vor erlangter Testierfähigkeit, also (unten § 169 b 2) als impubes oder pupillus (daher der Name) sterben sollte.

Die rechtliche Konstruktion der Pupillarsubstitution ist schwierig, weil das Institut einen doppelten Charakter zeigt. Einerseits gilt der Pupillarsubstitut nämlich als Erbe des Kindes, indem ihn der Gewalthaber kraft seiner Gewalt namens des Kindes bestimmt, andererseits gilt er aber auch als Erbe des Gewalthabers.

Anfänglich scheint man den Pupillarsubstituten völlig als Erben des Gewalthabers angesehen zu haben: dieser setzt seinen suus zum Erben ein und bestimmt ihm einen Nacherben für den Fall, daß er vor Erreichung der Testierfähigkeit sterben sollte. So erklärt sich der Ausdruck Pupillarsubstitution; vgl. auch die übliche Klausel (D. 28, 6, 1, 1): Filius meus heres esto; si heres erit et intra pubertatem decesserit, Gaius Seius heres mihi esto. Man nahm zur Vermeidung des Eintritts der Intestaterbfolge[26]) gewissermaßen ein Fortwirken der patria potestas nach dem Tode des Gewalthabers bis zu dem Zeitpunkte an, in welchem der zum Erben bestimmte suus selbst testieren konnte.

Diese Auffassung war jedoch unhaltbar. Einmal wurde durch die Möglichkeit, einen Erben zu bestimmen für eine Erbschaft, die ein Anderer (der suus) bereits erworben hatte, der Grundsatz „semel heres, semper heres" verletzt. Andererseits bleibt bei der Auffassung, daß der Pupillarsubstitut Erbe des Gewalthabers ist, unaufgeklärt, daß der Pupillarsubstitut nicht nur die dem suus von seinem Gewalthaber angefallenen Vermögensstücke, sondern auch das Vermögen

[26]) Als weiteren Zweck gibt G. 2, 181 die Sicherung des Unmündigen gegen Lebensnachstellung seitens des Intestaterben an. Das die Pupillarsubstitution enthaltende Testament des Vaters konnte bis zum Tode des Unmündigen verschlossen bleiben, sodaß es ungewiß war, wer an der Wegschaffung des Pupillen ein Interesse hatte.

erhält, welches der suus nach dem Tode des Gewalthabers (zB. von seiner Mutter) erworben hat, sowie daß der Gewalthaber dem Kinde einen Pupillarsubstituten selbst dann ernennen kann, wenn er es enterbt (s. u.), in welchem Falle der Ausdruck Substitution ganz unverständlich ist.

In der Kaiserzeit kam deshalb die Anschauung auf: der in seinem Testament eine Pupillarsubstitution anordnende Gewalthaber verfüge hierbei über zwei Erbschaften (unum testamentum, duae hereditates, D. 28, 6, 2, 4), über seine eigene und über die dereinstige seines Kindes. So werden die nachfolgenden Sätze verständlich.

a. Die Pupillarsubstitution kann vom pater familias erst angeordnet werden, wenn er für sich selbst einen Erben bestimmt hat (D. 28, 6, 2, 4), sei es in der gleichen oder in einer besonderen (verschlossen bleibenden, S. 1035[26]) Urkunde. Dagegen hängt die Gültigkeit der Pupillarsubstitution nicht etwa davon ab, daß der Gewalthaber in sein eigenes Vermögen den suus als Erben beruft; er kann ihn vielmehr — beim Vorliegen eines Enterbungsgrundes, unten § 171 c — auch enterben und ihm trotzdem einen Pupillarsubstituten bestimmen. Das Gewöhnliche ist aber natürlich, daß der Vater seinen suus zum Erben einsetzt und ihm gleichzeitig einen Substituten ernennt und zwar regelmäßig sowohl für den Fall, daß der suus vor dem Erwerbe der Erbschaft (Vulgarsubstitution, substitutio in primam causam) als auch daß er nachher, aber ohne die Testierfähigkeit erlangt zu haben (Pupillarsubstitution, substitutio in secundam causam) sterben sollte (D. 28, 6, 1, 1): filius meus heres esto; si heres non erit, sive erit et intra pubertatem decesserit, tunc Gaius Seius heres mihi esto. Diese Verbindung der Vulgar- und der Pupillarsubstitution bezüglich unmündiger Hauskinder war in Rom sogar so gewöhnlich, daß, wenn der Erblasser nur eine dieser Substitutionen angeordnet hatte, die andere als von ihm ebenfalls beabsichtigt vermutet wurde (sog. substitutio duplex, subst. vulgaris — oder pupillaris — tacita).[27])

[27]) Vgl. D. 28, 6, 4, pr.: cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substi-

Ist der suus zum Erben eingesetzt, so muß der Pupillarsubstitut die Erbschaft des suus ganz annehmen oder ausschlagen (D. 28, 6, 10, 2: aut utriusque debet hereditatem habere aut neutrius: iuncta enim hereditas coepit esse); er kann nicht die Erbschaft nach dem Vater antreten, die nach dem Sohne ausschlagen (vgl. D. 29, 2, 59).

β. Da die Pupillarsubstitution ein Teil (pars et sequela) des väterlichen Testaments ist, wird sie kraftlos, wenn dieses hinfällig ist (I. 2, 16, 5), ferner aber auch, wenn ihre Voraussetzungen fortfallen, wenn nämlich das Kind beim Tode des Testators nicht mehr in dessen unmittelbarer Gewalt steht (D. 28, 6, 41, 2) und wenn es die Mündigkeit erreicht (D. 28, 6, 14). Da es sich um ein Testament des Vaters handelt, brauchen die Noterben des Kindes (zB. dessen Mutter) nicht berücksichtigt zu werden; andererseits braucht der Vater auch seine eigenen Noterben (zB. seine Eltern) bei der Substitution nicht zu berücksichten, da es sich um eine Beerbung des Kindes handelt (D. 5, 2, 8, 5). Hierin zeigt sich die Doppelnatur der Pupillarsubstitution, ferner auch darin, daß der Substitut zwar als Erbe des Kindes gilt, dessen Nachlaß also erwirbt, auch soweit er nicht vom Vater stammt und selbst wenn es Erbe des Vaters überhaupt nicht geworden ist (neque enim suis bonis testator substituit, sed impuberis, D. 28, 6, 10, 5), daß der Vater aber andererseits, da er „de suo legat", dem Pupillarsubstituten nur soweit Vermächtnisse auferlegen kann, als der Nachlaß des Vaters reicht (D. 35, 2, 11, 5).

---

tuisse intellegatur, sive filius heres non exstiterit sive exstiterit et impubes decesserit. Daß man aus einer Pupillarsubstitution auf eine Vulgarsubstitution schließen dürfe, war bereits zu Ciceros Zeiten (93 v. Chr.) in der berühmten causa Curiana durch den Centumviralgerichtshof (S. 999[5]) entschieden. Ein gewisser Coponius hatte einen erwarteten postumus zu seinem Erben ernannt und diesem den Curius pupillarisch substituiert. Der postumus wurde nicht geboren, und es entstand ein Prozeß zwischen den Intestaterben, deren Advokat der Jurist Qu. Mucius Scaevola (S. 118) war, und dem Curius, der den Erbschaftsbesitz erlangt hatte. Curius, für den der Redner Crassus auftrat, trug den Sieg davon. Die Vermutung für den umgekehrten Fall stellte sich in der Kaiserzeit fest.

4. Quasipupillarsubstitution.

α. Ad exemplum pupillaris substitutionis (I. 2, 16, 1) kann nach Justinians C. 6, 26, 9 jeder Ascendent seinem geisteskranken Descendenten, falls er ihm den Pflichtteil hinterläßt, einen Substituten für den Fall bestimmen, daß der Descendent, ohne gesund und damit testierfähig geworden zu sein, versterben sollte. Der Ascendent soll den Substituten aber unter den gesunden Kindern und (mangels solcher) den Geschwistern des Descendenten wählen. Es handelt sich auch hier um Bestimmung eines Erben für den ganzen Nachlaß des Descendenten, nicht nur um eine fideikommissarische Substitution hinsichtlich des ihm vom Ascendenten Hinterlassenen (streitig).

β. Schon nach vorjustinianischem Recht (D. 28, 6, 43, pr.) kann einem Vater durch kaiserliches Privileg das Recht verliehen werden, seinem (zB. wegen Stummheit) testierunfähigen Kinde einen Erben zu ernennen[28]).

§ 167. Das Vermächtnis.

a. Begriff[1]).

Vermächtnis (legatum) ist (S. 967) die Zuwendung eines Vermögensvorteils von Todes wegen durch Testament an einen Anderen, ohne daß dieser in Ansehung dieser Zu-

---

[28]) Die Soldatentestamente (unten § 169 c 2 β b) sind auch hinsichtlich der Pupillarsubstitution privilegiert; der miles braucht nicht für sich selbst ein Testament zu errichten (D. 29, 1, 15, 5) und kann auch dem emanzipierten Kinde (D. 29, 1, 41, 4) und selbst über die Jahre der Unmündigkeit hinaus (D. 28, 6, 15) einen Substituten ernennen. Doch bezieht sich dies nur auf Güter, „quae ab ipso (milite) ad eum cui substituit pervenerint, non etiam in his si quae habuerit vel postea adquisierit" (D. 29, 1, 41, 4).

[1]) Das Vermächtnisrecht ist behandelt in I. 2, 20—24 (2, 20: De legatis), D. 30—32 (De legatis et fideicommissis I, II, III, S. 136), ferner in D. 33—34, 4; 34, 7; 35, 2 und 3; 36, 2—4, endlich in C. 6, 37—54.

Im BGB. findet sich die Begriffsbestimmung in § 1939 (oben S. 967), die eingehende Regelung im 4. Titel des 3. Abschnitts (§§ 2147 bis 2969).

wendung als Erbe eingesetzt ist (D. 30, 116, pr.: Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit). Aus dieser Begriffsbestimmung (BGB. § 1939) folgt:

1. Das Vermächtnis ist eine Zuwendung von Todes wegen und gleich allen solchen an die condicio iuris gebunden, daß der Honorierte (Legatar) den Erblasser überlebt (ebenso BGB. § 2160).

2. Das Vermächtnis ist keine Erbeinsetzung, begründet daher stets nur eine Singular-, keine Universalsuccession. Über die besonderen Verhältnisse beim Universalfideikommiß vgl. S. 1069. Selbst wenn ein Vermächtnis, was zulässig ist, einem Erben zugewendet ist (Prälegat, S. 1043), erwirbt dieser es nicht iure hereditario, sondern iure legatario.

3. Das Vermächtnis ist eine Zuwendung durch einseitige Verfügung des Erblassers; dadurch unterscheidet es sich von der vertragsmäßigen donatio mortis causa (S. 972).

4. Das Vermächtnis ist die unentgeltliche Zuwendung eines Vermögensvorteils (D. 31, 36: Legatum est donatio testamento relicta), enthält also eine Liberalität gegen den Legatar auf Kosten des Erben. Nach früherem rR. war der Zweck des Legats, den Legatar zu bereichern, sogar so wesentlich, daß das legatum poenae nomine relictum (S. 324[7]), welches dem Erben als Strafe für den Fall auferlegt war, daß er eine gewisse Handlung begehen oder unterlassen sollte (zB. „heres meus si filiam suam in matrimonium Titio collocaverit" — oder „non collocaverit" — „dato decem aureos Seio", I. 2, 20, 36) ungültig war. Justinian hat dies jedoch beseitigt (C. 6, 41, 1).

Die Natur des Vermächtnisses als einer bloßen Liberalität hat zur Folge, daß der Vermächtnisnehmer (nach dem Kollisionsgrundsatze: melius est favere repetitioni quam adventicio lucro, S. 372) hinter den Nachlaßgläubigern zurücksteht (vgl. S. 994[4] und KO. § 226).

5. Das Vermächtnis begründet einen klagbaren Anspruch des Honorierten gegen den Onerierten. Dadurch

unterscheidet es sich von der Auflage (modus, S. 975) und der Leistung, die ein bedingt Bedachter condicionis implendae causa vornimmt (S. 974). Denn in diesen Fällen hat der Begünstigte kein Klagerecht.

b. Anordnung des Vermächtnisses.

1. Form der Anordnung.

Wie S. 968 dargelegt, bestanden bis auf Justinian zwei Vermächtnisformen, Legat und Fideikommiß, von denen das dem Civilrecht entstammende formelle Legat nur in einem Testament oder in einem testamentarisch bestätigten Kodizill, das formlose Fideikommiß aber in beliebiger Weise errichtet werden konnte. Nach der Verschmelzung beider Institute in C. 6, 43, 2 können Vermächtnisse angeordnet werden:

α. in einem Testamente, und zwar jetzt (S. 1022) auch vor der Erbeinsetzung;

β. in einem — vor 5 Zeugen errichteten, S. 1084 — testamentarischen oder Intestatkodizill;

γ. durch unmittelbaren Auftrag des Erblassers an den Beschwerten, sog. Oralfideikommiß (fideicommissum heredi praesenti iniunctum; S. 1085).[2])

2. Art der Anordnung.

α. Bis auf Justinian konnte ein Legat in vier verschiedenen Arten angeordnet werden, deren (in ihren Bezeichnungen ausgedrückte) Wirkungen verschieden waren.

a. Das legatum per vindicationem (Titio hominem Stichum do lego, doch auch Titius Stichum sumito oder sibi habeto oder capito, G. 2, 199), vermutlich die älteste Vermächtnisart, verschaffte dem Legatar unmittelbares quiritisches Eigentum, das er daher sofort

---

[2]) Das BGB. hat das Oralfideikommiß nicht aufgenommen und erkennt eine besondere Kodizillarform nicht an (S. 1084[19]). Nach BGB. kann ein Vermächtnis daher nur in einem Testament angeordnet werden, dessen Errichtung durch die Zulassung des holographischen Testaments (S. 1081[11]) freilich sehr erleichtert ist.

mit der rei vindicatio geltend machen kann (Intentio: Si paret suam rem ex iure Quiritium esse) und zwar nach der Lehre der Sabinianer sofort mit dem Antritte des Erben auch ohne Wissen und Wollen des Legatars, nach der Lehre der Prokulianer aber erst mit seiner Annahmeerklärung. Wegen des unmittelbaren Eigentumsübergangs konnten per vindicationem nur Sachen vermacht werden, deren quiritarischer Eigentümer der Testator sowohl zur Zeit der Testamentserrichtung als auch seines Todes ist; nur bei vertretbaren Sachen genügte Eigentum im letzteren Augenblicke (G. 2, 196). Streitig war unter den römischen Juristen (G. 2, 200), ob das bedingte Vindikationslegat pendente condicione als dem Erben gehörig (so die Sabinianer) oder gleich wie das unbedingte Legat bis zum Erwerb durch den Legatar als niemandem gehörig anzusehen sei (so die Prokulianer). Die Ansicht der Sabinianer drang durch (D. 10, 2, 12, 2).

b. Das legatum per damnationem (Heres meus Stichum servum meum dare Lucio Titio damnas esto oder auch dato, G. 2, 201) begründete nicht unmittelbares Eigentum des Bedachten, sondern nur eine — wegen der Formel „dare damnas esto“ durch manus iniectio allerdings sofort vollstreckbare — obligatorische Verpflichtung des Belasteten zur Eigentumsübertragung. Im Gegensatze zum Vindikationslegat können per damnationem daher auch Gegenstände vermacht werden, die dem Testator nicht gehörten, sondern dem Erben selbst oder dritten, oder deren bloß bonitarischer Eigentümer der Erbe bisher war.

c. Eine Nebenart des Vindikationslegats war das legatum per praeceptionem (L. Titius hominem Stichum praecipito, G. 2, 216), nach den Sabinianern nur zulässig als Form für ein Prälegat zu Gunsten eines Miterben, nach den Prokulianern auch zu Gunsten Fremder zulässig.

d. Eine Nebenart des Damnationslegats war das legatum sinendi modo (Heres meus damnas esto sinere, L. Titium hominem Stichum sumere sibique habere, G. 2, 209), durch welches anscheinend keine Ver-

pflichtung des Erben zur Leistung, sondern nur zur Gestattung der Wegnahme der legierten Sache begründet wurde. Im Gegensatze zum Vindikationslegat genügte hierbei, daß die legierte Sache dem Erben oder daß sie dem Erblasser zur Zeit seines Todes gehörte.

β. Durch ein SC. Neronianum (unter Nero) wurde die Bedeutung der gebrauchten Formeln herabgemindert, indem jedes Legat mindestens als Damnationslegat aufrecht erhalten werden sollte, zB. wenn es als Vindikationslegat errichtet war, als solches aber iure civili ungültig sein würde, weil der Erblasser nicht quiritischer Eigentümer der vermachten Sache war (Ulp. fr. 24, 11).

γ. Konstantins Söhne beseitigten den Gebrauch bestimmter Wortformeln und Justinian endlich verschmolz in C. 6, 43, 1 alle Arten von Legaten durch die Bestimmung, daß jedes Legat (und Fideikommiß, S. 969) ohne Rücksicht auf Form und Worte die gleichen Wirkungen haben (S. 1062), nämlich sowohl einen obligatorischen Anspruch gegen den Belasteten als auch unmittelbar das dingliche Recht an der vermachten Sache erzeugen sollte.

3. Beteiligte Personen.

Bei jedem Vermächtnisse sind drei Personen unmittelbar beteiligt: der Erblasser (Testator), der es anordnet, der Beschwerte (Onerierte), dem es obliegt, der Vermächtnisnehmer (Honorierte, Legatar, Bedachte), dem es zufällt.

α. Ein Legat anordnen kann nur, wer die testamenti factio activa hat (S. 1074, D. 30, 2).

β. Mit einem Legat beschwert kann nach klassischem Recht nur der Testamentserbe (S. 968), nach justin. R. aber — unter Übertragung der bis dahin nur für Fideikommisse geltenden Grundsätze (G. 2, 271) — jeder werden, der aus der Erbschaft etwas erhält (D. 32, 1, 6), also der Testaments- oder Intestaterbe, der Vermächtnisnehmer (Untervermächtnis, BGB. § 2168), der mortis causa Beschenkte (BGB. § 2147). Mangels anderweitiger Anordnung des Erblassers gelten die Erben und zwar nach dem Verhältnis ihrer Erbteile als beschwert (D. 31, 33, pr., BGB. § 2148).

Tritt an die Stelle des Beschwerten ein Substitut, so hat er nach einem Reskripte des Sept. Severus auch die dem ersteren auferlegten Vermächtnisse zu erfüllen (D. 30, 74; S. 1034). Im Gegensatze zu einer früheren Ansicht (D. 31, 29, 1 u. 2) wird dieser Grundsatz auch auf den Fall der Accrescenz ausgedehnt (D. 31, 61, 1 „portio accrescit cum suo onere", S. 1029). Ebenso BGB. § 2161.

γ. Mit einem Legat bedacht werden können zunächst alle, die die testamenti factio passiva (S. 1019) haben, darüber hinaus aber auch gewisse Personen, denen (als personae incertae, S. 1019) die Erbeinsetzungsfähigkeit mangelt, nämlich auch eine beim Tode des Erblassers noch nicht erzeugte Person (S. 939, D. 31, 32, 6, C. 6, 37, 22, vgl. BGB. §§ 2162 Abs. 2, 2178), ferner auch eine nicht einsetzungsfähige Körperschaft (S. 235, D. 34, 5, 20), endlich auch eine Person, die der Beschwerte oder ein Dritter aus einem gewissen Kreise auswählen soll (zB. unus ex libertis, D. 31, 17; 31, 67, 7; vgl. BGB. §§ 2151 ff).

4. Prälegat.

Es kann auch einem der mehreren Erben ein Vermächtnis zugewendet werden (Prälegat, im BGB. § 2150 „Vorausvermächtnis"). Das Prälegat kann entweder so angeordnet sein, daß der Beschwerte (ein bestimmter Miterbe oder ein Legatar) benannt ist (Prälegat im weiteren Sinne, D. 32, 34, 3); dann wird es wie jedes andere Legat behandelt. Oder der Beschwerte ist nicht besonders bezeichnet, sodaß das Prälegat den Erben als solchen und damit zum Teil auch dem Honorierten selbst obliegt (D. 30, 104, 3), dann treten Besonderheiten ein nach dem Grundsatze (D. 30, 116, 1): Heredi a semet ipso legatum dari non potest, d. h. das Vermächtnis ist zu demjenigen Teil, zu welchem der Prälegatar Erbe ist, nichtig. Hieraus zieht das rR. die nachstehenden Folgerungen.

α. Ist das Prälegat einem der Erben allein vermacht, dann erhält der Prälegatar zwar den vermachten Gegenstand ganz, aber iure legati nur zu dem Teil, den

die anderen Erben beizutragen haben, dagegen zu dem Teil, den er selbst erbt, iure hereditario. Sind also A, B, C als Erben zu je $^1/_3$ eingesetzt und ist dem C ein Pferd prälegiert, so erwirbt es C zu $^1/_3$ als Erbe, zu $^2/_3$ als Legatar. Denn zu dem Drittel, zu dem C als Miterbe beschwert ist, ist das Legat nichtig und dies Drittel fällt demgemäß (S. 1047) dem damit belasteten C zu. Schlägt C die Erbschaft aus, so erhält er das Pferd ganz als Legatar (D. 30, 17, 2).

Soweit der Prälegatar nun das Prälegat als Erbe, nicht als Legatar erhält, muß er es auf die quarta Falcidia (S. 1066[26]) verrechnen (D. 35, 2, 74 u. 86). Ist er ferner mit einem Universalfideikommiß (S. 1069) belastet, so muß er den seinem Erbteil entsprechenden Teil dem Fideikommissar herausgeben; denn er behält nur die Legate (D. 36, 1, 19, 3).

β. Ist das Legat einem der Erben (als Prälegat) und einem der Nichterben (als gewöhnliches Legat) vermacht, so fällt der Teil des Legats, den der Erbe iure legati nicht erhalten kann, nicht, wie im Falle *α*, an ihn iure hereditario, sondern kraft Accrescenz (S. 1047) an den Kollegatar[3]).

γ. Ist endlich das Legat den zu ungleichen Erbteilen eingesetzten Miterben prälegiert, so wächst jedem der Miterben der Teil zu, zu dem der andere Erbe ist, d. h. sie

---

[3]) D. 30, 116, 1: Heredi a semet ipso legatum dari non potest, a coherede potest. itaque si fundus legatus sit ei qui ex parte dimidia heres institutus est et duobus extraneis, ad heredem cui legatus est sexta pars fundi pertinet, quia a se vindicare non potest, a coherede vero semissario duobus extraneis concurrentibus non amplius tertia parte: extranei autem et ab ipso herede cui legatum est semissem et ab alio herede trientem vindicabunt.

Werden also A und B je zur Hälfte zu Erben eingesetzt und ist dem B nebst zwei Nichterben C und D ein Grundstück vermacht, so erhalten B, C, D hiervon je $^1/_3$. Zu Bs Drittel trägt B nun aber als Miterbe selbst die Hälfte, also $^1/_6$ bei. Dieses kann er nicht erwerben; er erhält also nur das von A ihm zu gewährende $^1/_6$, während das von ihm zu leistende $^1/_6$ dem C und D mit je $^1/_{12}$ anwächst. B erhält also von dem Grundstück nur $^1/_6$, C und D erhalten je $^1/_3 + ^1/_{12}$ = je $^5/_{12}$.

teilen das Prälegat im umgekehrten Verhältnisse ihrer Erbteile.[4])[5])

5. Substitution.

Der Erblasser kann dem Bedachten andere Personen substituieren und zwar:

α. direkt, nach Art der Vulgarsubstitution (S. 1032), also für den Fall, daß der Erstbedachte das Vermächtnis nicht erwerben sollte (D. 31, 50, pr.; 31, 77, 13; ebenso BGB. § 2190). Die Substitution wird mit Eintritt des dies cedens (S. 1060) hinfällig; der Bedachte vererbt das Vermachte also schon von diesem Zeitpunkt an auf seine Erben, auch wenn er vor dem dies veniens stirbt (D. 34, 4, 31), es sei denn, daß der Erstbedachte das Vermächtnis ausschlägt (C. 6, 37, 6);

β. indirekt im Wege einer fideikommissarischen Substitution. Da nämlich für den Erwerb der Legate ein dem Satze semel heres, semper heres (S. 1013) entsprechender Satz nicht gilt, kann auch schon nach rR. ohne weiteren Umweg dem Erstbedachten das Vermächtnis mit der Beschränkung zugewendet werden (durch Fideikommiß,

---

[4]) D. 30, 34, 12: Inde dicitur si duo sint heredes, unus ex uncia, alter ex undecim unciis, et eis fundus legatus sit, unciarium heredem undecim partes in fundo habiturum, coheredem unciam.

Ist also A zu $^1/_{12}$, B zu $^{11}/_{12}$ eingesetzt und ist ihnen ein Grundstück prälegiert, so erhält jeder von ihnen an sich $^1/_2$ des Grundstücks. Zu As Hälfte trägt nun aber A als Erbe $^1/_{12}$, also $^1/_{24}$ zu, das er a semet ipso nicht erwerben kann; er behält also zunächst nur $^{11}/_{24}$, während er $^1/_{24}$ an B abgibt. Andererseits trägt B als $^{11}/_{12}$-Erbe zu der ihm als Kollegatar gehörenden Hälfte $^{11}/_{12}$, also $^{11}/_{24}$ zu, die er seinerseits an A abgibt, während er von seiner Hälfte nur $^1/_{24}$ behält. A erhält also an dem Grundstück die von seiner Hälfte ihm verbleibenden $^{11}/_{24}$ und ihm accrescieren von B $^{11}/_{24}$, er erhält also von dem Grundstück $^{11}/_{12}$; B behält von seiner Hälfte $^1/_{24}$ und ihm accresciert As $^1/_{24}$, er erhält daher nur $^1/_{12}$ des Grundstücks. Je höher hiernach der Erbteil, desto geringer der Anteil am Prälegat und umgekehrt.

[5]) Das BGB. hat alles dies nicht übernommen, da es den Ausgangspunkt des rR.: heredi a semet ipso legari non potest verwirft: nach § 2150 gilt das Vorausvermächtnis auch insoweit, als der Erbe selbst beschwert ist, als Vermächtnis.

nicht durch Legat, solange diese Unterscheidung noch praktisch war: a legatario legari non potest, Ulp. fr. 24, 20, daher der Name), daß es beim Eintreten eines gewissen Zeitpunktes oder Ereignisses (zB. des Todes des Erstbedachten) einem Anderen zufallen solle (successives oder Nachvermächtnis; ebenso BGB. § 2191).

Eine besondere Art des successiven Vermächtnisses ist — abgesehen von dem besonders zu besprechenden Universalfideikommiß (S. 1069) — das fideicommissum familiae relictum. Hierbei ordnet der Erblasser an, daß ein gewisser Gegenstand dauernd in der Familie des Erblassers, des Erben oder des Bedachten verbleiben solle. Mangels anderer Bestimmung des Erblassers gehören zur Familie alle Verwandten, mangels solcher auch deren Ehegatten (C. 6, 38, 5, vgl. früher D. 31, 32, 6 u. 69, 4). Jeder Inhaber der Vermächtnissache kann sie einem dieser Verwandten nach seiner Wahl hinterlassen (D. 30, 114, 17); es besteht also keine bestimmte Folgeordnung. Er darf sie aber nicht Fremden veräußern oder vermachen, sonst sind die nächsten Familienglieder rückforderungsberechtigt. Das Fideikommiß erlischt bei Einwilligung oder Fortfall aller nachfolgeberechtigten Verwandten (C. 6, 42, 11) und wird nach Justinians Nov. 159 in der Hand des vierten Inhabers (post quatuor generationes) dessen freies Eigentum[6]).

6. Vermächtnis an mehrere Personen.

a. Ist ein Vermögensstück mehreren Personen alternativ vermacht (illi aut illi do lego), dann soll nach

---

[6]) Von diesem fideicommissum familiae relictum, das dem BGB. unbekannt ist, unterscheidet sich das in Deutschland entstandene Familienfideikommiß, dessen Regelung durch EGBGB. Art. 59 dem Landesrecht überlassen ist, nach Voraussetzungen und Wirkungen. Bei diesem Familienfideikommiß handelt es sich um Vermögensstücke (meist Grundstücke), welche durch ein Rechtsgeschäft des Eigentümers unter Lebenden oder von Todes wegen einer bestimmten Familie mit der Maßgabe zugewendet werden, daß sie sich in dieser dauernd ungeteilt nach einer bestimmten Erbfolgeordnung (sog. successio ex pacto et providentia maiorum) vererben sollen; vgl. D. § 80 b.

Justinians Auslegungsregel in C. 6, 38, 4 (S. 1012) das „aut“ in „et“ umgedeutet werden, das Vermächtnis also allen Genannten gemeinschaftlich zufallen. In der vorjustinianischen Zeit entstand ein Korrealverhältnis, sodaß bis zur Litiskontestation mit einem der Korrealgläubiger jeder das ganze Vermächtnis fordern konnte (D. 31, 16; S. 544).

β. Ist ein Gegenstand mehreren (collegatarii) vermacht, so teilen sie ihn im Zweifel nach Köpfen (D. 30, 19, 2). Fällt einer der Kollegatare fort, so tritt Accrescenz zu Gunsten der übrigen ein, falls dem Wegfallenden nicht ein Anderer substituiert war (Substitution hindert die Accrescenz, S. 1033). Während jedoch bei der Erbeinsetzung die Accrescenz als Folge des Universalsuccessionsprinzips mit Rechtsnotwendigkeit eintritt, auch wenn der Erblasser sie ausdrücklich ausgeschlossen hat (S. 1028), tritt sie bei Vermächtnissen nur ein, wenn nach dem durch Auslegung der letztwilligen Verfügung zu ermittelnden Willen des Erblassers jeder Kollegatar nicht nur seinen Teil, sondern eventuell das Ganze erhalten sollte, während im umgekehrten Fall freiwerdende Vermächtnisteile beim Beschwerten verbleiben (D. 30, 17 u. 60, S. 1044).

Das rR. hat hierfür gewisse Auslegungsregeln aufgestellt.

a. Ist ein Gegenstand mehreren Personen in demselben Satze (coniunctim, I. 2, 20, 8) vermacht, so ist zu unterscheiden:

1) Es liegt eine re et verbis coniunctio (S. 1026) vor (zB. Titio et Seio hominem Stichum do lego), d. h. der Testator hat die Anteile der einzelnen Kollegatare nicht bestimmt. Dann trat nach vorjustinianischem Recht beim Vindikationslegat Anwachsung ein, indem jeder Kollegatar als auf die ganze Sache berufen angesehen wurde, während bei dem lediglich obligatorische Verpflichtungen des Beschwerten erzeugenden (S. 1041) Damnationslegat nach dem Satze: nomina (hier im Sinne von Nachlaßschulden) ipso iure sunt divisa jeder Kollegatar einen selbständigen Teilanspruch hatte, sodaß keine Accrescenz eintrat, sondern der ausfallende Teil beim Beschwerten verblieb (G. 2, 205).

Nach justin. R. tritt Anwachsung ein, aber nur mit dem Willen des Kollegatars; wählt dieser jedoch die Anwachsung, so muß er auch die Lasten des ausfallenden Teils mit übernehmen (accrescit cum suo onere); vgl. C. 6, 51, 1, 11.[7])

2) Es liegt eine verbis tantum coniunctio vor (Titio et Seio fundum Cornelianum aequis portionibus do lego), d. h. den in demselben Satze auf die gleiche Sache eingesetzten Kollegataren sind vom Erblasser bestimmte Anteile zugewiesen. Für diesen Fall herrscht trotz einer ausdrücklichen, aber anscheinend aus Versehen aufgenommenen Quellenentscheidung (D. 32, 89) lebhafter Streit. Nach richtiger Ansicht sind die verbis tantum coniuncti nur auf den ihnen zugewiesenen Teil berufen; es tritt also keine Anwachsung ein, wenn das Gegenteil nicht als dem Willen des Testators entsprechend anzunehmen ist.

b. Ist derselbe Gegenstand mehreren Personen in verschiedenen Sätzen (disiunctim) vermacht, liegt also eine re tantum coniunctio vor (Titio hominem Stichum do lego. Seio Stichum do lego), so trat nach vorjustinianischem Recht beim Vindikationslegat Accrescenz ein, während beim Damnationslegat die Sache als beiden Genannten ganz vermacht angesehen wurde, „ut heres alteri rem, alteri aestimationem eius praestare debeat“ (G. 2, 205). Nach justin. R. tritt Accrescenz ein und zwar kann der Kollegatar im Gegensatz zur re et verbis coniunctio die Anwachsung nicht ablehnen, erwirbt sie andererseits aber sine onere.

c. Ist derselbe Gegenstand einigen coniunctim, einem Anderen disunctim vermacht, so wächst beim Fortfall eines der ersteren sein Teil zunächst den mit ihm coniunctim Verbundenen zu (D. 30, 34, pr.: si coniuncti disiunctive commixti sint, coniuncti unius personae potestate funguntur).[7a])

---

[7]) In C. 6, 51, 1 beseitigte Justinian die Vorschriften der lex Iulia et Papia Poppaea, durch welche das Anwachsungsrecht in ähnlicher Weise wie bei der Erbeinsetzung (S. 1029[18]) zu Gunsten der mit Kindern gesegneten Väter beschränkt worden war.

[7a]) Nach BGB. § 2158 wächst mangels anderweiter Bestimmung des Erblassers bei Zuwendung desselben Gegenstands an mehrere der

Der Satz portio portioni accrescit (S. 1028) gilt auch für Legate (D. 35, 1, 26, 1) d. h. der Kollegatar braucht den Eintritt des die Accrescenz herbeiführenden Ereignisses nicht zu erleben.

7. Nebenbestimmungen.

Anders als bei Erbeinsetzungen (S. 1013) sind bei Vermächtnissen — wenigstens nach justin. R. (C. 6, 37, 26) — alle Arten von Bedingungen und Befristungen zulässig (vgl. BGB. §§ 2162, 2163). Ist eine Auflage beigefügt, so kann der Onerierte vom Honorierten bei Entrichtung des Vermächtnisses Kaution wegen Erfüllung des Modus, im Falle der Nichterfüllung das für die Auflage Aufzuwendende fordern (D. 35, 1, 40, 5; 33, 2, 17); vgl. S. 976.

c. Gegenstand des Vermächtnisses.

1. Allgemeines.

Gegenstand eines Vermächtnisses kann jeder Vermögensvorteil sein. Für einzelne Gegenstände gelten besondere Regeln (unten 2). Gewisse Grundsätze haben aber allgemeine Bedeutung.

α. Nichtig ist ein Vermächtnis, das gegen ein gesetzliches Verbot (vgl. zB. D. 30, 41, 15 — ein SC. von 122 n. Chr. —: ea quae aedibus iuncta sunt legari non possunt) oder die guten Sitten verstößt (D. 30, 112, 3) oder auf etwas unmögliches gerichtet ist (ebenso BGB. § 2171), so vor allem das Vermächtnis einer res extra commercium; es braucht daher nicht etwa ihr Geldwert geleistet zu werden (I. 2, 20, 4). Nichtig ist auch das Vermächtnis der eigenen Sache der Legatars (I. 2, 20, 10).

β. In allen diesen Fällen kommt es nach rR. schon auf den Augenblick der Errichtung der letztwilligen Verfügung an: ist zu dieser Zeit die vermachte Sache zB. ex-

---

Anteil eines Wegfallenden den übrigen Bedachten nach Verhältnis ihrer Anteile an, auch wenn diese bestimmt sind. Sind einige der Bedachten zu demselben Anteile berufen, so tritt die Anwachsung zunächst unter ihnen ein.

tra commercium oder im Eigentum des Legatars, so wird das Legat nicht dadurch gültig, daß der seine Nichtigkeit herbeiführende Umstand beim Tode des Testators fortgefallen ist, zB. die vermachte Sache in commercio oder von dem Legatar, dem sie bei Errichtung des Vermächtnisses gehörte, veräußert ist. Das besagt die regula Catoniana (S. 315, vgl. D. 34, 7), die sich aber auf bedingte Legate nicht bezieht (ad condicionalia Catoniana non pertinet, D. 30, 41, 2).[8])

2. Einzelne Vermächtnisgegenstände.

α. Körperliche Sachen.

a. Zum Nachlaß gehörige Sachen.

1) Eine vermachte Sache gilt als in dem Zustande vermacht, in dem sie sich zur Zeit des Erwerbs durch den Bedachten (S. 1061) befindet, also mit den inzwischen hinzugekommenen Vermehrungen (D. 30, 24, 2), während andererseits etwaige Wertverminderungen den Bedachten treffen. Zubehörstücke gelten im Zweifel als mitvermacht (vgl. BGB. § 2164).

2) Ist die vermachte Sache mit Grundgerechtigkeiten oder einem usus belastet, so muß der Legatar diese übernehmen („res transit cum suo onere"), es sei denn, daß der Erblasser die Sache dem Bedachten hat unbelastet zuwenden wollen (zB. mit der Klausel „uti optimus maximusque", D. 30, 69, 3, vgl. S. 554[3]). Besteht an ihr

---

[8]) D. 35, 1, 98: Mea res sub condicione legari mihi potest, quia in huiusmodi legatis non testamenti facti tempus, sed condicionis expletae spectari oportet.

Ursprünglich galt die regula Catoniana nicht für Fideikommisse. Bei der Verschmelzung der Legate und Fideikommisse im justin. R. wurde sie jedoch auf alle Vermächtnisse ausgedehnt, was freilich sehr bestritten ist.

Nach BGB. § 2171 kommt es für die Rechtsbeständigkeit aller Legate nur auf die Zeit des Erbfalls an. Die regula Catoniana gilt also nach BGB. für Legate nicht mehr, wie auch hinsichtlich der Erbeinsetzung nach BGB. lediglich der Zeitpunkt des Todes des Erblassers, nicht auch, wie nach rR., der der Errichtung und die Zwischenzeit von Bedeutung ist (S. 1022[8]).

dagegen ein Nießbrauch oder ein Pfandrecht, so hat der Beschwerte im Zweifel deren Fortschaffung zu bewirken (D. 31, 66, 6), aber nur, falls der Erblasser diese Belastungen kannte (I. 2, 20, 5, D. 30, 57; vgl. BGB. §§ 2165, 2166).

3) Die Früchte der vermachten Sache gebühren dem Legatar nicht schon vom Anfall des Vermächtnisses, sondern erst von der Übergabe an; die seit der Klageerhebung oder dem Verzug gezogenen oder versäumten Früchte muß der Beschwerte herausgeben oder ersetzen (C. 6, 47, 4; anders BGB. § 2184).

4) Der Beschwerte kann wegen Verwendungen auf die vermachte Sache Gegenansprüche haben (D. 30, 58—61; BGB. § 2185).

b. Vermächtnis fremder Sachen.

Ist eine nicht zum Nachlasse gehörige Sache vermacht, so ist zu unterscheiden[9]):

1) Die Sache gehört dem Beschwerten; dann ist das Vermächtnis gültig, auch wenn der Erblasser sie für eine eigene gehalten hatte (D. 31, 67, 8). Der Bedachte erhält einen obligatorischen Anspruch auf Übergabe der Sache gegen den Beschwerten.

2) Die Sache gehört dem Legatar; dann ist das Legat wegen Unmöglichkeit der Erfüllung nichtig (C. 6, 37, 15, S. 1049), es sei denn, daß das Legat bedingt ist und die Sache zur Zeit der Erfüllung der Bedingung dem Legatar nicht mehr gehört (D. 35, 1, 98, S. 1050). Hat der Bedachte die Sache jedoch erst nach Errichtung des Vermächtnisses gegen Entgelt erworben, so gelten die Erwerbskosten als vermacht (D. 30, 34, 7), hat er sie unentgeltlich erworben, so ist das Vermächtnis nichtig (concursus duarum causarum lucrativarum, I. 2, 20, 6, S. 508).

---

[9]) Nach BGB. § 2169 ist das Vermächtnis eines zur Zeit des Erbfalls nicht zur Erbschaft gehörenden Gegenstandes unwirksam, es sei denn, daß der Gegenstand dem Bedachten auch für diesen Fall zugewendet sein sollte.

3) Die Sache gehört einem Dritten; dann gilt das Vermächtnis nur, wenn der Erblasser dies gewußt hat (I. 2, 20, 4: forsitan enim, si scisset alienam, non legasset). Der Belastete hat in diesem Falle (sog. Verschaffungsvermächtnis) zu versuchen, die Sache vom Dritten zu erwerben (D. 30, 39, 7) und muß, wenn er dies nicht zu einem angemessenen Preise vermag, ihren Wert ersetzen (D. 30, 71, 3; ebenso BGB. § 2170). Er steht dem Berechtigten wie ein Verkäufer gegenüber, haftet daher für Eviktion (D. 31, 77, 8, BGB. § 2182 Abs. 2) und ist, falls die Sache ohne sein Verschulden untergeht, befreit (I. 2, 20, 16). Hatte der Erblasser ein ius ad rem auf die Sache, so muß der Erbe dies dem Legatar abtreten (D. 30, 39, 3; ebenso BGB. § 2169 Abs. 2).

c. Vermächtnis einer Sachgesamtheit.

Ist eine Sachgesamtheit vermacht, so gilt dies als einheitliches Vermächtnis der beim Tode des Erblassers vorhandenen Stücke (I. 2, 20, 18); das Vermächtnis kann daher nur im ganzen angenommen oder ausgeschlagen werden (D. 31, 6). Über den Umfang der vermachten Sachgesamtheit enthalten die Digestentitel 33, 6 ff. genaue Vorschriften.

d. Wahlvermächtnis.

Der Testator kann anordnen, daß der Bedachte eine von mehreren in der Erbschaft vorhandenen Sachen erhalten soll (vgl. BGB. §§ 2153, 2154). Hierbei kann vorliegen:

1) ein alternatives Vermächtnis, wenn der Erblasser die Sachen, unter denen die Wahl stattfinden soll, einzeln bezeichnet (Titio Stichum aut Pamphilum do lego). Dann hatte nach vorjustinianischem Recht im Zweifel beim Vindikationslegat, das eine dingliche Klage begründete, der Legatar (D. 30, 34, 14), beim Damnationslegat der Onerierte als Schuldner die Wahl (D. 31, 11, 1);

2) ein Wahlvermächtnis im engeren Sinne, wenn die Wahl aus den in der Erbschaft vorhandenen (sonst liegt ein Gattungsvermächtnis vor, S. 1053) Sachen einer

gewissen Gattung erfolgen soll (Titio hominem do lego, Ulp. fr. 24, 14). Dann galt nach vorjustinianischem Recht das gleiche, wie zu 1). War dem Legatar das Wahlrecht aber ausdrücklich eingeräumt (Titius hominem optato elegito, sog. legatum optionis od. optio s. electio legata, vgl. D. 33, 5), so galt die Ausübung des Wahlrechts durch den Legatar als Bedingung der Gültigkeit des Legat. Dieses fiel also fort, wenn der Legatar vor Abgabe der Wahlerklärung starb (I. 2, 20, 23).

Nach justin. R. (C. 6, 43, 3) ist jedes Wahlvermächtnis vom Anfall an mit dem Wahlrecht vererblich. Das Wahlrecht steht im Zweifel dem Bedachten zu (D. 30, 34, 14, also dem Gläubiger, während sonst bei Wahlschulden der Schuldner die Wahl hat, S. 436).[10]) Kommt er hiermit in Verzug, so kann ihm der Belastete vom Gericht eine Frist setzen lassen, mit deren fruchtlosem Ablauf er das Legat verliert (D. 33, 5, 6 ff.). Unter Kollegataren und unter mehreren Erben eines Legatars, die sich über die Wahl nicht einigen können, entscheidet das Los (I. 2, 20, 23). Der Erblasser kann die Wahl aber auch dem Erben oder einem Dritten zuweisen. Bei Verzug geht das Wahlrecht auf den Legatar über (C. 6, 43, 3, 1). Beim Vermächtniß einer nur der Gattung nach bestimmten Nachlaßsache (oben 2) darf der wahlberechtigte Legatar nicht die beste, der wahlberechtigte Erbe nicht die schlechteste Sache der Gattung wählen (D. 30, 37, pr.; 30, 110). Die getroffene Wahl ist grundsätzlich unabänderlich (D. 33, 5, 4). Das Wahlrecht beim Wahlvermächtnis gehört zu den actus legitimi, welche keine Bedingung oder Befristung vertragen (S. 323).

e. Gattungsvermächtnis.

Ist eine nur der Gattung nach bestimmte Sache, aber (im Gegensatz zu d 2) ohne Beschränkung auf die im Nachlasse befindlichen Sachen, vermacht (legatum generis), so

---

[10]) Nach BGB. wird das Wahlvermächtnis als Wahlschuld (S. 436) behandelt; das Wahlrecht steht daher im Zweifel (§ 262) dem Beschwerten als dem Schuldner zu, nicht wie nach rR. dem Legatar.

besonders eine Geldsumme oder eine andere vertretbare Sache, so hat der Belastete die Wahl, wenn das Vermächtnis nicht wegen Unbestimmbarkeit des Gegenstands überhaupt nichtig ist[11]). Der Belastete haftet bei Eviktion der geleisteten Sache (D. 30, 45, 1 u. 30, 71, 1; BGB. §§ 2182 f.).

β. Vermächtnis von Rechten.

a. Vermächtnis von Forderungen.

1) Das Forderungsvermächtnis (legatum nominis) hat zum Gegenstand die Zuwendung einer Forderung (des Erblassers — Titio centum quae Maevius mihi debet, do lego — aber auch des Onerierten oder eines Dritten). Ist die Forderung vor dem Tode des Erblassers durch Zahlung oder Hinterlegung erloschen, so ist das Legat wirkungslos (S. 1059); die Umstände können aber ergeben, daß das Eingezogene oder dafür Angeschaffte an die Stelle der vermachten Forderung treten soll (D. 32, 11, 13 u. D. 32, 64; ebenso BGB. § 2173).

2) Das Schuldbefreiungsvermächtnis (legatum liberationis, liberatio legata, D. 34, 3) geht auf Befreiung des Bedachten von einer Schuld gegenüber dem Erblasser, dem Erben oder einem Dritten (decem quae mihi Titius debet ei do lego). Streitig ist, ob das Vermächtnis, falls die Schuld beim Tode des Erblassers nicht (oder nicht mehr) besteht, unwirksam oder als Summenvermächtnis aufrecht zu halten ist (vgl. D. 30, 75, 2, D. 33, 88, 10). Die in Unkenntnis des Vermächtnisses geleistete Zahlung des Bedachten an den Erben erzeugt die condictio indebiti, da der Legatar durch das Legat eine exceptio perpetua gegen die Forderungsklage erlangt (D. 12, 6, 26, 7).

---

[11]) D. 30, 71, pr.: Si domus alicui simpliciter sit legata neque adiectum quae domus, cogentur heredes quam vellent domum ex his, quas testator habebat, legatario dare: quod si nullas aedes reliquerit magis derisorium est quam utile legatum.

Nach BGB. § 2155 ist eine den Verhältnissen des Bedachten entsprechende Sache zu leisten.

3) Das Schuldvermächtnis (legatum debiti, debitum legatum: Titio centum quae ei debeo do lego) hat zum Gegenstand das, was der Erblasser dem Honorierten schuldet. Nach rR. wird ein solches Legat nur dann als wirksam aufgefaßt, wenn der mit dem Legat bedachte Gläubiger dadurch irgendwie begünstigt wird (I. 2, 20, 14), zB. durch Beseitigung einer Befristung oder Einrede. Es tritt dann Klagenkonkurrenz ein, aber so daß durch Abweisung der einen die andere Klage unberührt bleibt, da die Klagegründe verschieden sind (D. 34, 3, 28, 14). Hat der Erblasser jemandem eine ihm geschuldete, genau bezeichnete Leistung vermacht, obwohl er sie ihm in Wahrheit nicht schuldete, so gilt dies als bloße falsa demonstratio und das Vermächtnis wird aufrechterhalten (D. 30, 75, 1).

Ein Fall des legatum debiti ist das Vermächtnis einer bestellten Dos, welche nach dem Tode des Erblassers zurückzugeben ist, an den Rückforderungsberechtigten (dos praelegata s. relegata, D. 33, 4). Der letztere wird dadurch insofern begünstigt, als der Erbe die Rückgabefrist (S. 887) sowie seine Ansprüche wegen Verwendungen (außer für impensae necessariae), verliert (D. 33, 4, 1, 2; 33, 4, 5). Ist eine dos garnicht bestellt, so gilt der angebliche, bestimmt bezeichnete Dotalgegenstand als vermacht (I. 2, 20, 15).

b. Vermächtnis dinglicher Rechte.

Der Erblasser kann dem Legatar ein schon bestehendes Recht an einer fremden Sache oder ein erst zu begründendes Recht an einer eigenen oder fremden Sache vermachen. Besonders häufig ist das Vermächtnis von Servituten, insbesondere von Personalservituten (D. 33, 2: De usu et usu fructu et reditu et habitatione et operis per legatum vel fideicommissum datis; D. 33, 3: De servitute legata).

Für das Vermächtnis eines Nießbrauchs gilt besonderes.

1) Ist dem A eine Sache schlechthin, dem B der Nießbrauch daran vermacht, so teilen A und B den Nießbrauch, da das Vermächtnis an A Proprietät und Nießbrauch um-

faßt. Soll B also allein den Nießbrauch erhalten, so muß dem B die Sache detracto usufructu vermacht werden (D. 33, 2, 19).

2) Ist der Nießbrauch an einer Sache mehreren gemeinschaftlich vermacht, so gilt ein eigentümliches Accrescenzrecht. Dem Kollegatar wächst der Teil des Wegfallenden nämlich auch dann zu, wenn der Wegfall nach dem Erwerbe stattfindet (D. 7, 2, 4) und selbst dann, wenn der Kollegatar seinen Teil selbst inzwischen wieder verloren hat (der Nießbrauch accresciert „personae", nicht „portioni"; D. 7, 2, 10).

3) Der einer juristischen Person vermachte Nießbrauch erlischt nach 100 Jahren (S. 815).

4) Auch ein Quasiusufrukt kann vermacht werden, zB. an der ganzen Erbschaft (D. 7, 1, 29).

c. Vermächtnis wiederkehrender Leistungen.

1) Das Rentenvermächtnis (D. 33, 1: legatum annuum, menstruum usw.) gilt im Zweifel (D. 31, 1, 8) als für die Lebenszeit des Bedachten vermacht, aber als eine Mehrheit von Vermächtnissen; daher erhält der Bedachte nur die Renten der Zeitabschnitte, deren Beginn er erlebt (D. 33, 1, 4). Dagegen gilt ein zu verschiedenen Terminen zahlbares, aber einheitlich hinterlassenes Kapital (sog. Ratenvermächtnis) ganz als erworben, wenn der Bedachte nur den Anfall erlebt (D. 36, 2, 20 und 26, 2). Ein Rentenvermächtnis kann auch auf die Erben und Erbeserben des Bedachten erstreckt werden (C. 6, 37, 22).

2) Das Alimentenvermächtnis (D. 34, 1) zur Versorgung[11a]) des Bedachten auf Lebenszeit ist dieses Zweckes wegen bevorzugt. Alimente können auch einem Erbunfähigen vermacht werden (D. 34, 1, 11). Ferner sollen „usque ad pubertatem" hinterlassene Alimente als bis zur plena pubertas (S. 276[1]) vermacht gelten, d. h.

[11a]) Über den Umfang der Alimentationspflicht bei Vermächtnissen sagen ll. 6, 7, D. 34, 1: Legatis alimentis cibaria et vestitus et habitatio debebitur, quia sine his ali corpus non potest: cetera quae ad disciplinam pertinent legato non continentur, nisi aliud testatorem sensisse probetur.

bis zum 18. (nicht 14.) Jahre bei Knaben und bis zum 14. (nicht 12.) Jahre bei Mädchen (D. 34, 1, 14, 1). Eine allgemeine Zurücknahme der Vermächtnisse ist im Zweifel auf Alimentenvermächtnisse nicht zu beziehen (D. 34, 1, 18, 3). Endlich bedarf ein Vergleich über hinterlassene Alimente gerichtlicher Bestätigung (S. 314).

d. Unwirksamkeit der Vermächtnisse.

Ein Vermächtnis ist von vornherein unwirksam (legatum non scriptum, inutile), wenn es nicht rechtsgültig errichtet ist (S. 1084) oder auf einen unzulässigen Gegenstand geht (S. 1049). Es wird durch späteren Fortfall des Ungültigkeitsgrundes nicht rechtsbeständig (regula Catoniana, S. 1050). Es kann aber auch nachträglich unwirksam werden und zwar durch Umstände, die vor dem Anfall (S. 1060) oder durch solche, die nachher eingetreten sind.

1. Unwirksamwerden vor dem Anfall.

α. Vermächtnisse werden unwirksam durch Widerruf (ademtio, I. 2, 21, D. 34, 4), welcher erfolgen kann:

a. durch Widerruf des Testaments (unten S. 1087). in welchem sie angeordnet sind (D. 29, 7, 3, 2). Ist das Testament aber nicht ganz widerrufen, sondern sind zB. nur einzelne Bestimmungen desselben gestrichen, so kann der Erblasser die Absicht gehabt haben, die Vermächtnisse bei Kräften zu lassen (D. 28, 4, 2);

b. durch Widerruf des Vermächtnisses selbst. Bis zur Gleichstellung von Legat und Fideikommiß (S. 969) bedurfte es zur unmittelbaren Beseitigung des Legats einer rechtsförmlichen Erklärung (fundum neque do neque lego); formloser Widerruf gab dem Beschwerten nur eine exceptio doli (D. 34, 4, 15), während Fideikommisse nuda voluntate (D. 34, 4, 3, 11) als ipso iure beseitigt galten. Später genügte in allen Fällen eine den Widerrufswillen enthaltende ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung. Das Vermächtnis gilt zB. als widerrufen: durch Ausstreichen (D. 34, 4, 16 u. 17), durch Veräußerung der vermachten Sache (D. 34, 4, 15 u. 18, vgl. BGB. § 2169), ja schon

bei Entstehung von Todfeindschaft zwischen dem Erblasser und dem Bedachten (D. 34, 4, 3, 11). Ein unter einer Bedingung widerrufenes Vermächtnis gilt als unter der entgegengesetzten Bedingung angeordnet (D. 34, 4, 10). Ob durch Errichtung eines Testaments die vorher errichteten Intestatkodizille als widerrufen zu erachten sind, ist nach der aus dem Testament zu ermittelnden Absicht des Testators zu beurteilen (I. 2, 25, 1, D. 29, 7, 5); mehrere Kodizille bestehen aber im Zweifel neben einander (D. 29, 7, 6, 1, vgl. BGB. § 2258);

c. durch Errichtung eines Vermächtnisses an Stelle eines anderen (translatio legati, zB. „quod Titio legavi, id Seio do lego", D. 34, 4, 5).[12]) Ist die neue Vermächtnisverfügung wirkungslos (zB. weil zu Gunsten eines Erbunfähigen angeordnet, D. 34, 4, 20), so gilt die erstere dennoch als widerrufen.

Wirkungslos ist der Widerruf, wenn er unverständlich ist, insbesondere wenn nicht ersichtlich ist, welches von mehreren Vermächtnissen widerrufen sein soll (vgl. die Antinomie zwischen D. 34, 4, 3, 7 u. 34, 5, 10; beide Stellen sind von Ulpian).

β. Außer durch Widerruf kann ein Vermächtnis vor dem Anfall wirkungslos werden:

a. durch Wegfall des Bedachten, sei es daß er stirbt (ebenso BGB. § 2160) oder erbunfähig wird, zB. wenn der bedachte Verein die Rechtsfähigkeit verliert. Wird die Erbunfähigkeit jedoch vor dem Anfall wieder gehoben, so bleibt das Vermächtnis in Kraft; denn die regula Catoniana bezieht sich nur auf Ungültigkeitsgründe, die zur Zeit der Errichtung vorhanden sind, nicht auf später eintretende (S. 1050);

b. durch Wegfall des Belasteten, sofern nicht ein

---

[12]) D. 34, 4, 6, pr.: Translatio legati fit quattuor modis: aut enim a persona in personam transfertur: aut ab eo qui dare iussus est transfertur, ut alius det: aut cum res pro re datur, ut pro fundo decem aurei: aut quod pure datum est, transfertur sub condicione.

anderer (Substitut, Miterbe, Kollegatar, Fiskus) an seine Stelle tritt (BGB. § 2161);

c. durch Wegfall des Vermächtnisgegenstands; tritt an seine Stelle jedoch ein anderer Gegenstand, so wird in der Regel der Absicht des Testators entsprechend dieser als vermacht anzusehen sein (D. 30, 44, 2; 32, 88). Über den concursus duarum causarum lucrativarum vgl. S. 508.

2. Unwirksamwerden nach dem Anfall.

α. Da nach rR. die Erbeinsetzung „caput atque fundamentum totius testamenti" war (S. 1022[9]), wurden das ganze Testament und die darin vorbehaltenen Kodizille und daher auch die Vermächtnisse unwirksam, wenn sich die Erbeinsetzung als ungültig herausstellte oder durch Ausschlagung des eingesetzten Erben hinfällig wurde (D. 26, 2, 9: Si nemo hereditatem adierit, nihil valet ex his, quae testamento scripta sunt). Die Vermächtnisse fielen daher nicht etwa den an die Stelle der Testamentserben tretenden Intestaterben zur Last[13]). Ausnahmsweise bleiben die Vermächtnisse trotz Wegfalls der Erbeinsetzung in Kraft:

a. bei Anfechtung des Testaments wegen Verletzung des Pflichtteils (unten § 171);

b. wenn der eingesetzte Erbe die Erbschaft aus dem Testament in der dolosen Absicht ausschlägt, sich oder einem Dritten die Erbschaft frei von Vermächtnissen zu verschaffen, auf Grund des Edikts Si quis omissa causa testamenti (S. 983);

c. infolge der Kodizillarklausel (S. 966);

d. wenn die Erbschaft als vakant an den Fiskus fällt (D. 30, 96, 1).

β. Tritt Unmöglichkeit der Erfüllung des Legats nach dessen Anfall ein, so haftet der Beschwerte nach den

[13]) Anders BGB. §§ 2085, 2161, wonach im Zweifel die Unwirksamkeit einer von mehreren testamentarischen Verfügungen die Unwirksamkeit der übrigen nicht zur Folge hat und beim Wegfall des Beschwerten derjenige das Vermächtnis zu errichten hat, dem der Wegfall unmittelbar zu statten kommt.

Grundsätzen über den Einfluß nachfolgender Unmöglichkeit auf den Bestand der Schuldverhältnisse (S. 462). Der Legatar hat also einen Schadensersatzanspruch, sofern die Erfüllungsunmöglichkeit auf einem Verschulden des Beschwerten beruht. Darüber hinaus haftet aber nach D. 31, 63 und 36, 1, 26, 2 u. 3 der Beschwerte, wenn er die Unmöglichkeit, das Vermächtnis zu erfüllen, durch seine Handlung herbeigeführt hat, auch wenn ihn hierbei kein Verschulden trifft (anders BGB.);

γ. auch durch Erbunwürdigkeit des Legatars kann das Vermächtnis wirkungslos werden (unten § 172).

e. Erwerb der Vermächtnisse[14]).

Für den Erwerb der Vermächtnisse kommen zwei Zeitpunkte in Betracht: der Anfallstermin (dies legati cedens) und der Erwerbstermin (dies legati veniens, vgl. S. 333[2]).

1. Das Legat fällt an (dies cedit): regelmäßig mit dem Tode des Erblassers, bei aufschiebend bedingten Vermächtnissen dagegen erst mit dem Eintritte der Bedingung. Mit Eintritt des dies cedens erhält der Bedachte eine feste und vererbliche[15]) Anwartschaft auf den Erwerb des Vermächtnisses. Stirbt der Legatar aber vor Eintritt der Suspensivbedingung, unter welcher ihm das Legat zugewendet ist, so überträgt er es nicht auf seine Erben; vielmehr ist das Legat wirkungslos[16]). Nach dem dies cedens

---

[14]) D. 36, 2: Quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat; C. 6, 53.

[15]) Bei ihrem Inhalte nach unvererblichen Legaten, zB. beim vermachten Nießbrauch, ist dies natürlich bedeutungslos, D. 36, 2, 5, pr. u. 1.

[16]) D. 36, 2, 5, 2: Sed si sub condicione sit legatum relictum, non prius dies legati cedit quam condicio fuerit impleta, ne quidem si ea sit condicio, quae in potestate sit legatarii. Die Früchte des Vermächtnisses bis zum Eintritte der Bedingung gebühren daher dem Onerierten.

Bei befristeten Legaten muß man unterscheiden (S. 333[1]), ob die Befristung nur die Erfüllungszeit hinausschieben soll, dann vererben sie sich schon vom Tode des Erblassers an; oder ob „per diem con-

ist auch die testamenti factio passiva und die Kapazität des Bedachten zu beurteilen.

2. Das Legat wird erworben (dies venit): regelmäßig mit dem Antritt der Erbschaft seitens des Belasteten, bei aufschiebend bedingten oder befristeten Legaten aber erst mit Eintritt der Bedingung oder Zeitbestimmung[17]). Mit Eintritt des dies veniens erhält der Legatar die unten f behandelten Rechte aus dem Legat und zwar nach richtiger Ansicht[18]) ipso iure, d. h. ohne daß er das Legat anzu-

dicio demonstratur", d. h. ob der Bedachte das Vermächtnis nur dann erhalten soll, wenn er den bestimmten Tag erlebt, dann vererben sie sich erst von diesem Zeitpunkt an; vgl. D. 36, 1, 48. Nach D. 35, 1, 79, pr. u. 1 ist ein Vermächtnis: „heres meus, cum morietur Titius, centum ei dato" nur betagt, also vererblich, „quia non condicione, sed mora suspenditur"; dagegen ein Vermächtnis: „heres meus, cum ipse morietur, centum Titio dato" bedingt, daher beim Versterben des Titius vor dem Erben nicht vererblich: „quamvis enim heredem moriturum certum sit, tamen incertum est, an legatario vivo". Dasselbe gilt von einem Vermächtnis mit der Hinzufügung: cum pubes erit (sog. dies incertus an, certus quando), insofern es ungewiß ist, ob der Legatar den Tag erlebt (D. 36, 2, 21, pr.).

Über die Abtretbarkeit bedingter Vermächtnisforderungen vgl. D. 35, 1, 41, über den Fall der cautio Muciana S. 1015.

[17]) In der Regel wird der dies cedens dem dies veniens vorhergehen, er kann aber auch mit ihm zusammen fallen, so wenn der eingesetzte Erbe als heres necessarius die Erbschaft mit dem Erbfall ipso iure erwirbt, ferner wenn die Bedingung des Legats erst nach dem Erbantritt erfüllt wird, wenn das vermachte Recht ein höchstpersönliches Recht ist (Anm. 15), endlich wenn bei einem Anfall vor dem Erbschaftsantritt das Vermächtnis wirkungslos sein würde, zB. wenn es einem im Testamente freigelassenen Sklaven hinterlassen ist; D. 36, 2, 8: Nam cum libertas non prius competat quam adita hereditate, aequissimum visum est nec legati diem ante cedere: alioquin inutile fieret legatum, si dies eius cessisset antequam libertas competeret.

Nach der lex Iulia et Papia Poppaea trat der dies cedens erst mit der Testamentseröffnung ein. Dies hat Justinian beseitigt (C. 6, 51, 1, 5).

[18]) Hierüber bestand (G. 2, 200) ein Schulstreit zwischen den Prokulianern, die die vermachte Sache (beim Vindikationslegat) bis zur Erklärung des Legatars als herrenlos behandelten, und den Sabinianern, die den ipso iure Erwerb vertraten. Nach D. 8, 6, 19, 1 scheint Justinian die letztere Ansicht angenommen zu haben.

nehmen oder von dem Anfall auch nur Kenntnis zu haben braucht (D. 31, 77, 3), aber mit dem Recht, es mit rückwirkender Kraft auszuschlagen (repudiatio, D. 30, 44, 1; 34, 5, 15). Die Erklärung über Annahme und Ausschlagung des Legats kann erst nach dessen Anfall (D. 30, 45, 1, ebenso BGB. § 2180 Abs. 2) und nur bezüglich des ganzen Legats erfolgen (D. 31, 4, vgl. BGB. §§ 2180, 1950); wohl aber kann von mehreren Legaten das eine angenommen, das andere abgelehnt werden (D. 31, 5, pr.).[19])

Im Falle der Ausschlagung fällt das Legat zunächst einem etwaigen Substituten (S. 1045), mangels eines solchen kraft Accrescenzrechts dem Kollegatar (S. 1047) zu; in letzter Linie bleibt es beim Onerierten.

f. Rechte aus dem Vermächtniserwerb.

1. Erwerb des Vermachten.

α. Nach vorjustinianischem Recht war hinsichtlich der Art, in welcher das Vermachte dem Legatar zufällt, zwischen dem Vindikationslegat sowie dem Präzeptionslegat einerseits und dem Damnationslegat sowie dem legatum sinendi modo andererseits zu unterscheiden. Bei den beiden

---

[19]) Wie S. 1059 dargelegt, war die Rechtsbeständigkeit der Legate nach rR. vom Wirksamwerden der Erbeinsetzung abhängig. Daher trat der Erwerb erst nach dem Antritte der Erbschaft seitens des Erben ein. Das BGB. hat diesen Grundsatz verlassen und nach BGB. ist daher der Erwerb der Legate nicht mehr vom Erwerbe der Erbschaft durch den berufenen Erben abhängig. Das BGB. kennt somit die Unterscheidung zwischen dies cedens und veniens nicht mehr. Es gilt ferner der ipso iure Erwerb. Nach §§ 2176 ff. kommt die Forderung des Vermächtnisnehmers — unbeschadet des Rechts, das Vermächtnis auszuschlagen — zur Entstehung („Anfall des Vermächtnisses") mit dem Erbfall, d. h. dem Tode des Erblassers. Bedingte und befristete Vermächtnisse sowie Vermächtnisse an noch nicht erzeugte oder ihrer Persönlichkeit nach noch nicht feststehende Personen fallen erst an mit Eintritt des betreffenden Ereignisses. Für bedingte Vermächtnisse gilt hierbei der allgemeine § 2074, wonach aufschiebend bedingte letztwillige Zuwendungen im Zweifel nur gelten sollen, wenn der Bedachte den Eintritt der Bedingung erlebt; es kommt also auf den Willen des Erblassers an, während bedingte Vermächtnisse nach rR. vor dem Erwerb stets unvererblich waren.

ersteren Arten wurde die vermachte Sache mit Eintritt des dies veniens Eigentum des Bedachten, vorausgesetzt natürlich, daß sie dem Erblasser gehörte, was Gültigkeitsbedingung war (S. 1041). Der Legatar konnte also ohne weiteres die rei vindicatio anstellen (G. 2, 194). Beim leg. per damnationem und sinendi modo dagegen erwuchs dem Legatar lediglich eine persönliche Forderung gegen den Belasteten (G. 2, 204).

β. Justinian beseitigte diese Unterschiede und bestimmte (C. 6, 43, 1, 1), daß alle Arten von Vermächtnissen, soweit dies ihrem Gegenstande nach zulässig ist, gleichzeitig dingliche und persönliche Ansprüche begründen sollen. Mit dem dies veniens geht daher die vermachte Sache, falls sie im Eigentum des Erblassers stand, auch ohne Besitzübertragung in das Eigentum des Erben über; ist ein dingliches Recht vermacht, so gilt der Legatar vom dies veniens an als dinglich Berechtigter. Daher kann der Erbe über vermachte Sachen rechtswirksam nicht verfügen (D. 30, 69, 1; 35, 1, 105) und ein ausdrückliches Veräußerungsverbot sichert das Recht des Legatars, sodaß gegen ihn auch nicht die ordentliche Ersitzung läuft (C. 6, 43, 3, 2ff.).

Aber der Legatar ist auf Grund der ihm von selbst zufallenden dinglichen Rechtsstellung nicht berechtigt, sich eigenmächtig in den Besitz des vermachten Gegenstands zu setzen; vielmehr muß er den Erben, falls erforderlich, auf Herausgabe des Vermachten verklagen (actio ex testamento, actio legati); denn der Erbe ist unter Umständen (S. 1065) zu Abzügen berechtigt und kann Gegenansprüche haben. Setzt der Legatar sich daher eigenmächtig in den Besitz der vermachten Gegenstände, so muß er sie auf Verlangen des Erben und gegen Sicherheitsbestellung desselben zunächst wieder herausgeben. Zu diesem Zwecke steht dem Erben ein interdictum (adipiscendae possessionis) quod legatorum[20]) zur Seite.

---

[20]) D. 43, 3, C. 8, 3. Vgl. D. 43, 3, 1, 2: ... continet hanc causam, ut, quod quis legatorum nomine non ex voluntate heredis occupavit, id restituat heredi. etenim aequissimum

2. Rechtsverhältnis zwischen dem Beschwerten und dem Legatar.

Zwischen dem Beschwerten und dem Legatar entsteht ein kontraktähnliches Verhältnis (l. 3, 27, 5; obligatio quasi ex contractu, S. 431[8]).

a. Rechte des Legatars.

a. Der Bedachte kann vom dies veniens an die Herausgabe des Legats verlangen. An die Stelle der Zuwendung kann Geldentschädigung treten, wenn der Beschwerte die Leistung nicht zu beschaffen vermag, so beim Vermächtnis von Sachen dritter (S. 1052) oder im Falle zu vertretender nachträglicher Unmöglichkeit (S. 1059).[20a]) Früchte und Zinsen sind mangels besonderer Bestimmung des Erblassers (D. 36, 1, 19, pr.) erst vom Verzug an zu leisten. Nur bei Vermächtnissen ad pias causas müssen sie vom Todestage des Erblassers an entrichtet werden, falls der Beschwerte das Vermächtnis nicht innerhalb von 6 Monaten seit der Testamentseröffnung entrichtet (Nov. 131, 12). Bei diesen Vermächtnissen wird ferner der Beschwerte, der es zur Klage kommen läßt, auf das Doppelte verurteilt (lis infitiando crescit in duplum), was nach älterem Recht bei allen Damnationslegaten eintrat (G. 4, 9).

b. Zur Sicherung seines Vermächtnisanspruchs stehen dem Legatar zur Seite:

1) ein gesetzliches Pfandrecht an allem vom Legatar aus der Erbschaft Erworbenen (S. 833);

2) ein Anspruch auf Sicherstellung (durch Bürgen) bei bedingten oder befristeten Vermächtnissen (D. 36, 3,

praetori visum est unumquemque non sibi ipsum ius dicere occupatis legatis, sed ab herede petere.

[20a]) Der Onerierte haftet dem Honorierten wegen dolus und culpa; falls dem Belasteten jedoch kein Vorteil aus der Verfügung erwächst, nur wegen dolus und lata culpa (D. 30, 47, 4 u. 5; 30, 108, 12). Unverschuldet notwendig gewordene Verwendungen sind dem Belasteten zu ersetzen (S. 1068); unter Umständen hat er Kondiktionen (D. 30, 58 - 61; BGB. § 2185).

C. 6, 54).[21]) Wird die Kaution nicht geleistet, so kann der Vermächtnisnehmer die Einweisung in die beim Beschwerten befindlichen Nachlaßgegenstände zur Innehabung neben dem Beschwerten verlangen (missio legatorum servandorum causa, D. 36, 4, S. 422);

3) ein Anspruch auf Einweisung in das eigene Vermögen des Beschwerten (von Caracalla eingeführte sog. missio Antoniniana, D. 36, 4, 5, 16 ff.), falls das Vermächtnis binnen 6 Monaten seit der Klageerhebung nicht entrichtet ist. Bei dieser missio erhält der Bedachte Alleinbesitz und die Befugnis, sich aus den Erträgnissen zu befriedigen[22]).

β. Rechte des Beschwerten.

a. Abzug der Quarta Falcidia.

Wenn die Rechtsstellung des Legatars so einerseits begünstigt wurde, war man andererseits auf Mittel bedacht, um den Erben gegen eine Überschwerung des Nachlasses mit Vermächtnissen zu sichern, die eine von der Erbfolge abschreckende Wirkung ausüben mußte[23]). Unter Beseitigung älterer Gesetze[24]) regelte diesen Punkt endgültig die berühmte

---

[21]) Öffentliche Verbände brauchen keine Sicherstellung durch Bürgen zu leisten (D. 36, 3, 1, 18 u. 6, 1; S. 421); der Erblasser kann — außer bei einem vermachten Nießbrauch (S. 808[9]) — die Kaution erlassen (C. 6, 54, 2 u. 7), der Honorierte auf sie verzichten (D. 2, 14, 46).

[22]) Nach BGB. § 2174 ist für den Bedachten in allen Fällen, auch beim Vermächtnis einer bestimmten zum Nachlaß gehörigen Sache, nur ein obligatorischer Anspruch gegen den Beschwerten begründet. Eine besondere Sicherstellung des Legatars ist dem BGB. unbekannt.

[23]) G. 2, 224: Sed olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus (Freilassungen) erogare nec quicquam heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis: quare qui scripti heredes erant, ab hereditate se abstinebant, et idcirco plerique intestati moriebantur.

[24]) Dies waren die lex Furia testamentaria (nicht zu verwechseln mit der l. F. de sponsu, S. 634[4]), wonach kein Legat 1000 As übersteigen durfte, und die lex Voconia (169 v. Chr., S. 1019), wonach kein Legatar mehr erhalten durfte als der Erbe (G. 2, 225 u. 226).

lex Falcidia, ein Plebiszit aus dem Jahre 40 v. Chr. Danach mußte dem Erben der vierte Teil seiner Erbportion von Legaten und anderen letztwilligen Belastungen frei verbleiben[25]). Er hatte also das Recht, die Vermächtnisse und sonstigen Belastungen entsprechend zu mindern, m. a. W. das Recht zum Abzuge der Quarta Falcidia[26]).

1) Abzugsberechtigt ist nur ein Erbe. Ursprünglich war nur der Testamentserbe abzugsberechtigt, seit Antoninus Pius ist dies auch der Inteſtaterbe gegenüber den in Inteſtat-

---

[25]) I. 2, 22: De lege Falcidia; D. 35, 2, C. 6, 50: Ad legem Falcidiam. Vgl. D. 35, 2, 1, pr.: Lex Falcidia lata est, quae primo capite liberam legandi facultatem dedit usque ad dodrantem (9/12) his verbis: „qui cives Romani sunt, qui eorum post hanc legem rogatam testamentum facere volet, ut eam pecuniam easque res quibusque dare legare volet, ius potestasque esto, ut hac lege sequenti licebit". secundo capite modum legatorum constituit his verbis: „quicumque civis Romanus post hanc legem rogatam testamentum faciet, is quantam cuique civi Romano pecuniam iure publico dare legare volet, ius potestasque esto, dum ita detur legatum, ne minus quam partem quartam hereditatis eo testamento heredes capiant . . ."

[26]) Über die Berechnung dessen, was dem Erben danach verbleiben mußte, dem „Soll" der Quart, ferner dessen, was ihm tatsächlich auf dieses „Soll" zufloß, dem „Hat" der Quart, und endlich dessen, was den Bedachten danach zu gewähren war, bestanden eingehende Vorschriften. Dabei wurde der Augenblick des Todes des Erblassers zu Grunde gelegt (D. 35, 2, 73, pr.). Das „Soll" der Quart richtete sich nach dem Nettobetrage des Nachlasses (n) nach Abrechnung von Schulden, Beerdigungskosten und Liquidationskosten und betrug für den zum p ten Teile berufenen Erben $\frac{n}{4p}$. In das „Hat" des Erben war nur einzurechnen, was der Erbe titulo hereditario netto aus der Erbschaft erhielt, nicht aber eine sonstige Zuwendung aus dem Nachlasse (D. 35, 2, 74: Quod autem dicitur, si ex iudicio defuncti quartam habeat heres, solida praestanda esse legata, ita accipere debemus, si hereditario iure habeat: itaque quod quis legatorum nomine a coherede accepit, in quadrantem ei non imputatur; wohl aber ist einzurechnen der auf den Teil des Erben selbst entfallende Teil eines Prälegats, S. 1044). Zur Feststellung des Nettobetrags waren die Erbschaftslasten abzuziehen, betagte Vermächtnisse unter Abzug des Interusuriums, lebenslängliche Zuwendungen unter Kapitalisierung nach der vermutlichen Lebensdauer (vgl. die berühmte Tabelle über die mutmaßliche Lebensdauer in D. 35, 2, 68).

kodizillen angeordneten Vermächtnissen (D. 35, 2, 18, pr.). Ein Vermächtnisnehmer ist nicht selbständig zum Abzuge der Quart berechtigt, wenn sein Vermächtnis auf mehr als $^3/_4$ mit Nachvermächtnissen belastet ist. Ist ihm jedoch vom Erben ein Abzug gemacht, so kann er diesen anteilig bei den Nachvermächtnissen abziehen (D. 35, 2, 32, 4). Das Gleiche gilt für den Universalfideikommissar (D. 35, 2, 47, 1).

Ist der Erbe **pflichtteilsberechtigt**, so kann er nicht außer dem unbelasteten Pflichtteil (unten § 171 b 2) auch noch die Quart beanspruchen[27]).

2) Für die **Berechnung der Belastungen** kommen ursprünglich nur Legate, seit dem SC. Pegasianum (Quarta Trebellianica, S. 972) auch Universal- und Singularfideikommisse (G. 2, 254), seit Septimius Severus auch Schenkungen von Todes wegen (D. 24, 1, 32, 1), endlich seit Justinian auch das condicionis implendae causa zu Leistende in Betracht (C. 6, 50, 18).

3) Das Abzugsrecht konnte vom Erblasser ursprünglich **nicht ausgeschlossen** werden. Justinian bestimmte dagegen in Nov. 1, daß der Erblasser die Herabsetzung der Vermächtnisse gemäß der Falcidischen Quart ausschließen und der Erbe auch ohnedies sie nicht abziehen dürfe, wenn er nicht ein gehöriges Inventar über den Bestand des Nachlasses rechtzeitig errichtet hätte. Hat er dies errichtet, so hat er übrigens nicht bloß das Recht zum Abzuge der Quart, sondern haftet auch wegen des zu zahlenden Rests nur als Benefizialerbe (S. 992).

4) Das Abzugsrecht **fällt fort** gegenüber Vermächtnissen: der Soldaten (C. 6, 50, 7), zu Gunsten milder Stiftungen (Nov. 131, 12), an die Ehefrau hinsichtlich der für sie angeschafften Sachen (D. 35, 2, 81, 2), ferner gegenüber dem Universalfideikommiß bei erzwungenem Erbschaftsantritt (S. 971) und gegenüber dem Vermächtnis des Pflichtteils (C. 3, 28, 36, 1 e).

---

[27]) Wohl aber nach kan. R. (sog. Constitutio Raynutius und Raynaldus, X. 3, 26, 16 u. 18).

5) Jeder Miterbe berechnet die Quart für seinen Erbteil besonders, was bei verschiedenartiger Belastung der Erbteile mit Vermächtnissen von Bedeutung ist (D. 35, 2, 77).[28])

6) Kraft des Abzugsrechts vermindern sich die Vermächtnisse von selbst (D. 35, 2, 73, 5: pro rata portione per legem ipso iure minuuntur). Ist der Legatar schon im Besitze des ganzen Vermächtnisses so kann der Erbe den Überschuß vindizieren (D. 35, 2, 26) und, falls er irrtümlich zu viel geleistet hat, kondizieren (C. 6, 50, 9).[29])

b. Sonstige Abzüge

abgesehen von der Quart kann der Beschwerte wegen Verwendungen auf die vermachte Sache machen; er hat aber — abgesehen von irrtümlicher Herausgabe (D. 30, 60) — nur ein Zurückbehaltungsrecht, keine selbständige Klage. Der Beschwerte kann ferner vom Legatar die Wiederherstellung von Rechten verlangen, die infolge des Erbfalls (zB. durch Konfusion) untergegangen sind[30]).

---

[28]) Sind zB. A und B als Erben einer Erbschaft von 40 eingesetzt und ist A mit einem Vermächtnis von 20, B mit einem solchen von 10 belastet, so ist die Erbschaft als solche zu ¼ von Legaten frei; da aber As Erbteil ganz erschöpft ist, kann er das ihm auferlegte Vermächtnis auf 15 mindern. Vereinigen sich mehrere Erbteile in einer Hand, so geschieht die Berechnung teils gesondert (zB. bei zufälliger Vereinigung, D. 35, 2, 1, 15) teils einheitlich (zB. wenn derselbe Erbe von vornherein auf mehrere Erbteile eingesetzt ist, D. 35, 2, 11, 7), teils so, daß die Berechnung getrennt erfolgt, aber der bei einer Portion sich ergebende Überschuß bei einer anderen anzurechnen ist (so wenn ein Erbe durch Accrescenz zu seinem Erbteil einen anderen erwirbt, D. 35, 2, 78, oder ein neben seinem Hauskind eingesetzter pater familias auch die Portion des Hauskindes erwirbt, D. 35, 2, 21, 1 und 25, pr.).

[29]) Dem BGB. ist ein Recht des Erben, wegen Überlastung der Erbschaft mit Vermächtnissen diese zu kürzen, unbekannt.

[30]) D. 30, 116, 4: Fundus legatus talis dari debet, qualis relictus est. itaque sive ipse fundo heredis servitutem debuit sive ei fundus heredis, licet confusione dominii servitus exstincta sit, pristinum ius restituendum est. et nisi legatarius imponi servitutem patiatur, petenti ei legatum exceptio doli mali opponetur: si vero fundo legato servitus non restituetur, actio ex testamento superest.

§ 168. Das Universalvermächtnis.

a. Allgemeines[1]).

Wie S. 1031[21] dargelegt, hat das rR. auch noch in seiner spätesten Entwickelung an dem Satze „semel heres, semper heres" festgehalten und daher eine fideikommissarische Substitution oder — nach der Ausdrucksweise des BGB. (S. 1031[21]) — eine Nacherbfolge niemals zugelassen. Sollte der eingesetzte Erbe die Erbschaft beim Eintritt eines gewissen Ereignisses oder Zeitpunktes einem Anderen herausgeben, so war dieses Ergebnis nur dadurch zu erreichen, daß der Testator den Erben mit einem Universalvermächtnisse belastete.

Von den beiden hierbei in Betracht kommenden Rechtsinstituten, dem Partitionslegat und dem Universalfideikommiß (S. 969), ist nur das letztere in das justinianische Recht übergegangen. Die geschichtliche Entwickelung des Universalfideikommisses, insbesondere hinsichtlich der Frage, wie der Fideikommissar als bloßer Vermächtnisnehmer, also als Singularsuccessor, zur Tragung der Nachlaßverbindlichkeiten heranzuziehen sei, ist S. 970 dargestellt. Hier ist das Ergebnis dieser Entwickelung im jüngsten rR. darzulegen, welches insofern kein einheitliches ist, als einerseits der Gedanke maßgebend geblieben ist, daß das Universalfideikommiß nur ein Vermächtnis ist, während andererseits die Anschauung mehr und mehr durchgedrungen ist, daß es eine mittelbare Erbfolge begründet (vgl. I. 2, 23, 3: is, qui recipit hereditatem aliquando heredis aliquando legatarii loco habeatur).[1a])

b. Rechtsverhältnis bis zur Restitution.

1. Für die Anordnung des Universalfideikommisses[2]) gilt das Recht der Vermächtnisse. Ein U.

[1]) I. 2, 23: De fideicommissariis hereditatibus, D. 36, 1, C. 6, 49: Ad SC. Trebellianum.

[1a]) Nach BGB. ist der Nacherbe Rechtsnachfolger des Erblassers; vgl. BGB. § 2100, CPO. § 728.

[2]) ZB. in der Form (I. 2, 23, 2): L. Titius heres esto. rogo te, Luci Titi, ut cum primum possis hereditatem meam adire, eam Gaio Seio reddas restituas.

kann daher durch Testament und Kodizill, sowie durch Oralfideikommiß (S. 1085) angeordnet (I. 2, 23, 12) und nicht nur den Testaments-, sondern auch den Intestaterben auferlegt werden (D. 36, 1, 1, 5), ferner auch dem Universalfideikommissar selbst (I. 2, 23, 11, sog. successives Universalfideikommiß).

2. Den Gegenstand des U. kann die ganze Erbschaft oder ein Bruchteil derselben bilden (I. 2, 23, 8).

3. Auch Anfall und Erwerb des U. vollziehen sich nach Vermächtnisrecht. Das U. fällt dem Fideikommissar also an (und wird von ihm weiter vererbt, dies cedit, S. 1060) mit dem Tode des Erblassers und bei bedingtem U. mit Eintritt der Bedingung; es wird von ihm erworben (dies venit) mit dem Antritt der Erbschaft durch den Fiduziar. Während aber in der Regel der mit Vermächtnissen belastete Erbe nicht gezwungen werden kann, die Erbschaft anzutreten, kann der Fideikommissar (seit dem SC. Pegasianum, S. 971) den Fiduziar durch den Prätor mittels Strafen zum Antritt der Erbschaft zwingen (D. 29, 4, 17), auch wenn der Fiduziar die Erbschaft schon ausgeschlagen hatte (D. 36, 1, 15, 1).[2a])

4. Bis zur Restitution ist der Fiduziar Erbe. Daher tritt hinsichtlich der wechselseitigen Beziehungen zwischen ihm und dem Erblasser Konfusion ein, die nach erfolgter Restitution freilich als ungeschehen behandelt wird (D. 36, 1, 28, 11 u. 61, pr.).[3]) Der Fiduziar wird ferner Eigentümer der Nachlaßsachen, erwirbt deren Früchte, kann die Nachlaßforderungen einziehen und haftet für die Nachlaßverbindlichkeiten (D. 46, 3, 104: Ante restitutam here-

---

[2a]) Nach BGB. ist der Erwerb des Nacherben von dem des Vorerben unabhängig, da die Einsetzung als Nacherbe im Zweifel auch die Einsetzung als Ersatzerbe enthält (§ 2102).

[3]) Die dinglichen Rechte leben mit dem bisherigen Range von selbst wieder auf (D. 36, 1, 75, 1), nicht aber die Forderungen mit ihren Accessorien (D. 36, 1, 61, anders BGB. § 2143). Vielmehr wird die hierdurch eingetretene Veränderung nur bei der Verrechnung zwischen Fiduziar und Fideikommissar gelegentlich der Restitution der Erbschaft berücksichtigt.

ditatem solutiones et liberationes factae ab herede ratae habebuntur).

Der Fideikommissar hat aber immerhin eine Anwartschaft auf die Erbschaft und der Fiduziar muß hierauf Rücksicht nehmen. Er haftet für Verschuldung bei Verwaltung des Nachlasses und zwar nach richtiger Meinung für culpa in concreto (D. 36, 1, 23, 3). Die Veräußerung der Nachlaßsachen ist nichtig (C. 6, 43, 3, 2—4), es sei denn, daß sie erfolgt: im Wege ordnungsmäßiger Verwaltung (D. 36, 1, 23, 3), zwecks Bestellung einer Dos oder Eheschenkung (D. 36, 1, 23, 4, Nov. 39, 1), mit Erlaubnis des Erblassers oder des Fideikommissars (C. 6, 42, 11).

Insbesondere kann der Erblasser den Fiduziar dadurch freier stellen, daß er ein Fideikommiß auf den Überrest (fideicommissum eius, quod superfuturum erit) anordnet. In diesem Falle haftet er nur für diejenigen Rechtsakte, die er in der dolosen Absicht vornimmt, das Recht des Fideikommissars zu schmälern (intervertendi fideicommissi gratia, D. 36, 1, 56). Diese freie Verfügung bezieht sich aber nach Justinians Nov. 108 nur auf drei Viertel des Nachlasses; das letzte Viertel darf er nur in Notfällen (Loskauf von Gefangenen, Bestellung einer Dos oder Eheschenkung beim Mangel sonstigen Vermögens) angreifen[4]).

---

[4]) Auch nach BGB. (vgl. S. 1032[21]) ist der Vorerbe in der Verfügung über die Nachlaßgegenstände beschränkt, insbesondere über Grundstücke und Rechte an Grundstücken sowie durch Schenkung (§§ 2113 ff.).

Aber auch nach BGB. kann der Erblasser den Vorerben von diesen Beschränkungen befreien, insbesondere in der Weise, daß er den Nacherben auf dasjenige einsetzt, „was von der Erbschaft bei dem Eintritte der Nacherbfolge übrig sein wird" (§§ 2136 ff.). Dann kann der Nacherbe über den gesamten Nachlaß frei verfügen außer durch reine Schenkungen und in der Absicht, den Nacherben zu benachteiligen. Besonders häufig ist in Norddeutschland das sog. Berliner Testament, ein wechselseitiges Testament unter Ehegatten (unten S. 1091[27]), worin jeder den anderen zum Vorerben und die gemeinschaftlichen Kinder zu Nacherben einsetzt, mit der Maßgabe, daß die Kinder sich mit demjenigen begnügen müssen, was beim Tode des letztlebenden Elternteils übrig ist.

c. Herausgabe der Erbschaft.

1. Nach Eintritt des Fideikommißfalles muß der Fiduziar den Nachlaß in dem Zustand, in dem er sich befindet oder bei Erfüllung der S. 1071 dargelegten Pflichten sich befinden müßte, dem Fideikommissar herausgeben. Nicht herausgegeben werden die Früchte der Zwischenzeit bis zum Verzuge, es sei denn, daß der Erblasser auch dies angeordnet hat (D. 36, 1, 19, pr.), sowie diejenigen Zuwendungen, die der Fiduziar nicht iure hereditario erhalten hat, so zB. als Legatar oder condicionis implendae causa. Ein Prälegat muß er zu dem seinem Erbteil entsprechenden Teile herausgeben (anders BGB. § 2110 Abs. 2), während er die den Erbteilen der Miterben entsprechenden Teile, da er diese iure legati erhält (S. 1044), zurückbehalten darf (D. 36, 1, 19, 3). Der Fiduziar behält auch das Erbbegräbnis (D. 36, 1, 43, 1).

2. Wie den Singularvermächtnissen gegenüber nach der lex Falcidia, so kann der Erbe dem Universalfideikommiß gegenüber nach dem SC. Pegasianum (S. 971) ein Viertel des Nachlasses (gemeinr. sog. Quarta Trebellianica) zurückbehalten; er bleibt dann aber auch zu einem Viertel Erbe (I. 2, 23, 7). Für die Berechnung dieser Quart gelten die gleichen Grundsätze wie für die der Falcidischen Quart (S. 1066[26]).

3. Die Herausgabe des Nachlasses kann ausdrücklich (verbis) oder durch konkludente Handlungen (re) erfolgen (D. 36, 1, 38, pr.). Die Restitution gilt jedoch als kraft Gesetzes (ipso iure) erfolgt:

α. beim erblosen Versterben des Fiduziars;

β. wenn der Fiduziar sich der Belangung arglistig entzieht;

γ. wenn es sich um ein successives Universalfideikommiß handelt[5]).

---

[5]) C. 6, 49, 7, 1 c: Sancimus itaque, ut, sive per contumaciam afuerit is, cui restitutio imposita est, sive morte praeventus nullo relicto successore fuerit, sive a primo fidei-

d. Rechtsverhältnis nach der Herausgabe.

Nach erfolgter oder ipso iure eingetretener Restitution gilt der Fideikommissar als (mittelbarer) Universalsuccessor des Erblassers. Er ist Eigentümer der Nachlaßsachen, auch wenn er deren Besitz noch nicht erlangt hat (D. 36, 1, 65, pr.), Gläubiger der Erbschaftsforderungen und Schuldner der Nachlaßverbindlichkeiten (D. 36, 1, 1, 2), ihm steht die hereditatis petitio (fideicommissaria) zu (D. 5, 6), den Miterben des Fiduziars und, falls dieser die Erbschaft nur zum Teil herauszugeben hatte, auch dem Fiduziar gegenüber gilt er als Miterbe (D. 10, 2, 40). Hat der Erblasser außer dem Universalfideikommiß noch Singularvermächtnisse angeordnet, so hat der Fideikommissar sie zu erfüllen und zwar — da er insofern als Vermächtnisnehmer gilt — ohne die Quarta Falcidia abziehen zu dürfen (D. 35, 2, 47, 1).

e. Rechtsverhältnis bei erzwungenem Erbschaftsantritt.

Läßt der Fiduziar sich zum Antritt der Erbschaft zwingen (S. 1070), so wird er nur dem Namen nach Erbe, soll aber von dieser Rechtsstellung weder Vorteil noch Nachteil haben (D. 36, 1, 4 u. 28, 2). Er darf sich insbesondere die Quarta Trebellianica nicht abziehen. An seiner Stelle wird der Fideikommissar Erbe, der sich daher auch die Quarta Falcidia abziehen kann. Ausnahmsweise bleiben dem Fiduziar einige Vorteile, so die Nachlaßfrüchte vom Erbschaftsantritt bis zur Herausgabe oder zum Verzug (D. 36, 1, 28, 1) und das condicionis implendae causa acceptum (D. 35, 1, 44, 5).

---

commissario in secundum translatio celebrari iussa est, ipso iure utiles actiones transferantur.

Nach BGB. § 2139 wird mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge der Nacherbe in allen Fällen kraft Gesetzes Erbe. Einer förmlichen Restitution der Erbschaft, wie nach rR., bedarf es also nicht.

§ 169. Errichtung und Aufhebung letztwilliger Verfügungen.

a. Allgemeines[1]).

Die allgemeinen Voraussetzungen für die gültige Errichtung einer letztwilligen Verfügung ergeben sich zunächst aus den Vorschriften über die Vornahme von Rechtsgeschäften überhaupt (§§ 43 ff.). Daneben finden sich aber mit Rücksicht auf die Wichtigkeit der letztwilligen Verfügungen in allen Rechten besondere Bestimmungen über die Fähigkeit zur Errichtung letztwilliger Verfügungen (Testierfähigkeit, testamenti factio activa) und die Formen, in welchen sie zu errichten sind. Diese Testamentsformen sind entweder für den Regelfall gegeben (ordentliche) oder für Ausnahmefälle (außerordentliche Testamentsformen). Die letzteren sind gegenüber dem Regelfall entweder erschwerte (qualifizierte) oder erleichterte (privilegierte).[2])

b. Testamenti factio activa[3]).

Ein gültiges Testament kann nur errichten, wer einmal überhaupt die rechtliche Fähigkeit hat, zu testieren (Testier-

---

[1]) Vgl. I. 2, 10: De testamentis ordinandis, D. 28, 1: Qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta fiant, C. 6, 23: De testamentis: quemadmodum testamenta ordinantur. Vgl. über die Geschichte der Testamentsformen auch G. 2, 101 ff.

[2]) Wie S. 964 hervorgehoben, kannte das rR. zwei Formen einseitiger letztwilliger Verfügungen: das Testament, zu dessen notwendigem Inhalt eine Erbeinsetzung gehörte, und das Kodizill, welches nur für andere letztwillige Anordnungen außer Erbeinsetzungen und Enterbungen verwendbar war. Das BGB. dagegen kennt als einseitige letztwillige Verfügung nur das Testament, das für jede Art von letztwilligen Anordnungen bestimmt ist. Ein weiterer wesentlicher Unterschied des heutigen Testaments gegenüber dem römischen besteht darin, daß das letztere mit der Erbeinsetzung stand und fiel (S. 1087), während nach BGB. die Unwirksamkeit der Erbeinsetzung den sonstigen Testamentsinhalt unberührt läßt (§ 2085). Endlich hat das BGB. (dem Code civil folgend) die Errichtung letztwilliger Verfügungen durch die Zulassung der selbstgeschriebenen Testamente (S. 1081[11]) sehr erleichtert.

[3]) Unter testamenti factio verstehen die Römer die Fähigkeit, bei einem Testament beteiligt zu sein, sei es als Erblasser (testa-

recht) und wer ferner die persönlichen Fähigkeiten besitzt, von deren Vorhandensein das Recht die Geltung einer letztwilligen Verfügung abhängig macht (Testierfähigkeit).

1. Testierrecht.

α. Eine letztwillige Verfügung können in Rom nur römische Bürger errichten, nicht zB. Latini Iuniani (S. 217[10]); jedoch können Staatssklaven (servi publici) über die Hälfte ihres peculium testieren. Aber nicht jeder römische Bürger kann testieren.

a. Zur Strafe entzogen ist das Testierrecht (intestabiles, S. 227): den Pasquillanten (D. 28, 1, 18), den Apostaten und Ketzern (C. 1, 5, 4, 5, S. 229), den incestuosi (C. 5, 5, 6).

b. Nur Gewaltfreie können testieren, Hauskinder nur über ihr peculium castrense und quasi castrense, über ihr sonstiges Vermögen nicht einmal mit Zustimmung des Vaters (I. 2, 12, pr.). Über Beschränkungen der Testierbefugnis der Frauen nach ältestem Recht vgl. S. 284.

β. Die Testierbefugnis muß im Augenblicke der Testamentserrichtung und in dem des Todes vorhanden sein; wird daher eine persona sui iuris nach Errichtung eines Testaments arrogiert, so wird letzteres hinfällig (testamentum irritum, S. 1086). Nur wenn ein Römer in der Kriegsgefangenschaft stirbt, bleibt sein vorher (nicht auch sein in der Gefangenschaft errichtetes) Testament gültig, indem fingiert wird, er sei im Augenblicke der Gefangennahme gestorben (fictio legis Corneliae, S. 205[1]). Vorübergehender Verlust der Testierbefugnis ist bedeutungslos.

γ. Das von einem Testierfähigen errichtete Testament ist ungültig, wenn der Testator zur Zeit der Testamentserrichtung nicht das bestimmte Bewußtsein seiner Testierbefugnis besaß (D. 28, 1, 14 u. 15).[4])

---

menti factio activa), als Erbe oder Vermächtnisnehmer (testamenti factio passiva, S. 1019) oder als Zeuge (S. 1079); vgl. I. 2, 10, 6, D. 28, 1, 16.

[4]) Nach BGB. sind alle Beschränkungen des Testierrechts beseitigt; insbesondere können Hauskinder — für das BGB. kommen über-

2. Testierfähigkeit.

α. Die Testierfähigkeit ist eine Art der Geschäftsfähigkeit, unterliegt aber besonderen Vorschriften. Testierunfähig sind:

a. Unmündige, also Knaben bis zum vollendeten 14., Mädchen bis zum vollendeten 12. Lebensjahre (d. h. bis zum Beginn des 14. u. 12. Geburtstages, D. 28, 1, 5, S. 355);

b. Geisteskranke, gleichgültig, ob sie unter cura stehen oder nicht (D. 28, 1, 5); das Testament ist aber gültig, wenn es in einem lucidum intervallum errichtet ist (C. 6, 22, 9, S. 282);

c. entmündigte Verschwender (D. 28, 1, 18, pr.);

d. Personen, die weder sprechen noch schreiben können (C. 6, 23, 29), und somit Taubstummgeborene (C. 6, 22, 10; Zeichensprache genügt nicht).[5])

β. Die Testierfähigkeit muß im Augenblicke der Testamentserrichtung vorhanden sein. Späterer Verlust macht das Testament nicht ungültig, späterer Erwerb macht es nicht gültig (D. 28, 1, 19).

c. Testamentsformen.

1. Bis auf Justinian.

α. Im ältesten rR. gab es für die Errichtung von Testamenten zwei Formen (G. 2, 101):

---

haupt nur minderjährige Hauskinder in Betracht (S. 911[7]) — über alle Bestandteile ihres Vermögens letztwillig verfügen.

[5]) Nach BGB. sind testierunfähig:

a. Minderjährige vor vollendetem 16. Lebensjahr (§ 2229 Abs. 2); ältere Minderjährige können nicht holographisch, § 2247, sondern nur mündlich vor Richter oder Notar testieren (§ 2238 Abs. 2);

b. Personen im Zustande vorübergehender Bewußtlosigkeit oder Geistesstörung sowie Geisteskranke (§§ 104[2 u. 3], 105 Abs. 2, und zwar sofern sie entmündigt sind, ohne Rücksicht auf lucida intervalla, S. 282[6]);

c. wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigte (§§ 2229 Abs. 3);

d. stumme und taubstumme Analphabeten (§§ 2242, 2243).

a. das testamentum calatis comitiis; es wurde in den zu diesem Zwecke zweimal jährlich auf Berufung des pontifex maximus zusammentretenden Kuriatkomitien (S. 64) errichtet. Streitig ist (S. 963[1]), ob es sich hierbei nur um Erlangung eines öffentlichen Zeugnisses (Dernburg) oder um ein Volksgesetz handelte, durch welches das Intestaterbrecht für den einzelnen Fall abgeändert wurde (Mommsen, Ihering). Unmündige Frauen konnten sich dieser Form nicht bedienen, da sie in den Komitien nicht erscheinen durften;

b. das testamentum in procinctu, d. h. durch mündliche Erklärung seitens eines zum Kriegsdienste eingezogenen Bürgers vor anderen Teilnehmern des zum Ausrücken bereiten Heeres, die älteste Form des Soldatentestaments.

β. Mit der Entwickelung der Manzipationsform zu einer Geschäftsform für die verschiedensten Zwecke (S. 157) bildete sich daneben als Privattestament das Manzipationstestament (t. per aes et libram) heraus. Der Erblasser verkaufte dicis causa mit Zuziehung eines libripens und von 5 Zeugen „uno nummo" sein Vermögen auf den Todesfall an den „familiae emptor", ursprünglich den Erben, später einen bloßen Treuhänder. Der materielle Inhalt der letztwilligen Verfügungen ergab sich aus der mündlichen Erklärung, die der Rechtsform Zweck und Inhalt gab (nuncupatio, lex mancipationi dicta). Ursprünglich erfolgte eine besondere nuncupatio hinsichtlich der einzelnen Verfügungen. Später wurde es üblich, daß die letztwilligen Verfügungen in den tabulae testamenti schriftlich aufgezeichnet wurden und lediglich eine allgemeine nuncupatio unter Bezugnahme auf sie erfolgte[6]). Die tabulae

[6]) Vgl. G. 2, 104: Eaque res ita agitur: qui facit (testamentum), adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, quinque testibus civibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam; in qua re his verbis familiae emptor utitur: „Familia pecuniaque tua endo (= in) mandatelam custodelamque meam, quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere" et ut quidam adiciunt „aene-

mußten ursprünglich von den Zeugen beschrieben und besiegelt werden. Später traten Unterschrift und Siegel des libripens und des familiae emptor hinzu. Die Urkunde erlangte allmählich die Hauptbedeutung, während die mancipatio und nuncupatio gegenüber dem familiae emptor nebensächlich, dieser selbst ein bloßer Zeuge wurde.

γ. Später wurde vom Prätor die bonorum possessio secundum tabulas (S. 938) demjenigen erteilt, der eine ordnungsmäßig besiegelte Urkunde[7]) für sich aufweisen konnte; es wurde also von dem Nachweise der tatsächlichen Vornahme der mancipatio und nuncupatio abgesehen. Anfänglich gewährte dieses sog. prätorische Testament nur eine b. p. sine re (S. 947). Der bonorum possessor mußte dem civilen Intestaterben nämlich weichen, wenn tatsächlich der Manzipationsritus nicht oder nicht gehörig gewahrt war. Antoninus Pius schützte jedoch den b. p. auch in diesem Falle durch Gewährung einer exceptio doli gegen die hereditatis petitio des Intestaterben (G. 2, 120). Theodosius II. hob 439 n. Chr. die Unterschiede zwischen der civilen und der prätorischen Testamentsform völlig auf; jedes Testament soll der Zuziehung von 7 Zeugen bedürfen.

2. Justinianisches Recht.

Nach dem der Entwickelung der Testamentsformen von Justinian gegebenen Abschlusse ist zwischen den öffentlichen und den privaten, und unter den Privattestamenten zwischen den ordentlichen und den außerordentlichen Testamentsformen zu unterscheiden.

---

aque libra, esto mihi empta", deinde aere percutit libram, idque aes dat testatori velut pretii loco: „Haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do ita lego ita testor itaque vos Quirites testimonium mihi perhibetote".

[7]) Der Prätor gewährte Rechtsschutz, „si tabulae non minus quam septem testantium signis signatae extabunt". Die Besiegelung erfolgte auf der Außenseite der Testamentstafeln unter Beifügung einer superscriptio, neben der noch eine subscriptio auf der Innenseite vorkam. Vgl. hierüber S. 105[6].

α. Öffentliche Testamente.

Öffentliche Testamente können nach justin. R. errichtet werden (C. 6, 23, 19):

a. durch Erklärung zum Protokoll einer Behörde (test. apud acta conditum),

b. Durch Übergabe einer Urkunde an den Kaiser (test. principi oblatum).[8])

β. Privattestamente.

a. Ordentliche Testamentformen.

1) Das ordentliche Privattestament wird mündlich oder schriftlich vor 7 Solennitätszeugen errichtet. Diese müssen sein: rogati (vom Erblasser zur Testamentserrichtung besonders zugezogen, nicht nur zufällig anwesend oder zu einem anderen Rechtsakte zugezogen, D. 28, 1, 21, 2),[9]) voluntarii (freiwillig beiwohnend) und idonei (zeugnisfähig). Die Zeugnisfähigkeit, ein Teil der allgemeinen testamenti factio (S. 1075[8]), kommt nur mündigen,

---

[8]) In Deutschland (Reichsnotariatsordnung von 1512) trat an die Stelle des test. principi oblatum das test. iudici oblatum, d. h. die Übergabe der schriftlichen Testamentsurkunde an den Richter; daneben blieb die Testamentserrichtung zu Protokoll (test. apud acta conditum) in Geltung. Vorübergehend kam auf Grund des kanon. Rechts (X. 3, 26, 10) ein Testament vor dem Pfarrer und zwei Zeugen in Aufnahme.

Nach BGB. wird das Testament öffentlich errichtet vor einem Richter oder einem Notar (§§ 2231[1]). Der Richter muß einen Gerichtsschreiber oder zwei Zeugen, der Notar einen zweiten Notar oder zwei Zeugen zuziehen. Keine dieser Urkundspersonen darf mit dem Erblasser oder einem im Testamente Bedachten verheiratet oder in gerader Linie oder im zweiten Grade der Seitenlinie verwandt oder verschwägert sein. Gewisse Personen sollen ferner als Zeugen nicht mitwirken (vgl. §§ 2234—2237). Die Testamentserrichtung kann erfolgen durch mündliche Erklärung (das frühere test. apud acta conditum) oder Übergabe einer (offenen oder verschlossenen) Urkunde (das frühere test. iudici oblatum). Wer minderjährig ist oder Geschriebenes nicht zu lesen vermag, kann das Testament nur durch mündliche Erklärung errichten (§ 2235).

[9]) So erklärt sich die quaestio Domitiana (S. 122[4]).

männlichen, römischen Bürgern zu. Aber auch von diesen sind zeugnisunfähig:

wegen persönlicher Mängel: Geisteskranke (D. 28, 1, 20, 4), Taube und Stumme (I. 2, 10, 6), Verschwender (D. 28, 1, 18, pr.), intestabiles (I. 2, 10, 6, S. 227, vgl. StGB. § 34[5]);

wegen naher Verbindung: die Gewaltuntergebenen des Erblassers (I. 2, 10, 9), der eingesetzte Erbe und die mit ihm durch Gewalt verbundenen Personen (I. 2, 10, 10). Legatare sind dagegen zeugnisfähig (I. 2, 10, 11).

Der Errichtungsakt muß ununterbrochen (uno contextu, D. 28, 1, 21, 3) in Gegenwart der Zeugen erfolgen (sog. unitas actus und zwar sowohl loci als temporis, vgl. BGB. § 2239).

2) Beim mündlichen Privattestament (test. nuncupativum) genügt jede den Zeugen verständliche Erklärung des Erblassers (C. 6, 23, 21, 4; 6, 23, 29). Wird im Anschluß hieran eine schriftliche Aufzeichnung vorgenommen so bleibt das Testament doch ein mündliches (test. nuncupativum in scripturam redactum).

3) Beim schriftlichen Privattestament muß die Übereinstimmung des wahren Willens des Testators mit dem Inhalt der Testamentsurkunde besonders sicher gestellt und die letztere gegen spätere Verfälschungen gesichert werden. Daher bestimmt das rR.: das Testament muß mit Buchstaben geschrieben sein; notae genügen nicht (D. 37, 1, 6, 2). Das Testament kann vom Erblasser selbst (test. holographum) oder von einem Anderen[10]) geschrieben sein (test. allographum). Das selbstgeschriebene Testament braucht der Erblasser, wenn er darin bezeugt, daß er es selbst geschrieben hat, nicht zu unterschreiben (C. 6, 23, 28, 6), wohl aber das nicht selbst geschriebene. In allen Fällen

---

[10]) Gegen die Gefahr der Fälschung im Falle der Zuziehung eines Schreibers richtet sich das SC. Libonianum (S. 1018). Übrigens wurde in einer Konstitution Valentinians III. (466 n. Chr.) das selbstgeschriebene Testament ohne weitere Förmlichkeiten als wirksam anerkannt. Dies ist jedoch nicht in das justin. R. übernommen.

muß der Testator die Urkunde den Zeugen vorlegen (ohne daß sie von dem Inhalte Kenntnis zu nehmen brauchen, C. 6, 23, 21, pr.), sie als seinen letzten Willen anerkennen und von den Zeugen unterschreiben und unterſiegeln lassen (subscriptio). Nach Verschließung der tabulae testamenti besiegeln die Zeugen das Testament auch noch von außen und jeder Zeuge schreibt seinem Siegel seinen Namen bei, damit er zwecks Anerkennung der Unverletztheit des Siegels zur Testamentseröffnung (S. 1089) geladen werden kann (superscriptio, S. 105[6]).[11])

b. Außerordentliche Testamentsformen.

1) Erschwert (qualifiziert) ist das Blindentestament. Sein Inhalt muß den Zeugen nämlich eröffnet und sodann schriftlich beurkundet werden. Es bedarf ferner der Zuziehung eines Notars oder, falls ein solcher am Orte nicht aufzufinden ist, eines achten Zeugen. Sämtliche Beteiligte haben das Testament zu unterschreiben und zu unterſiegeln (C. 6, 22, 8).

Erschwert ist ferner das schriftliche Testament dessen, der als Analphabet oder aus sonstigen Gründen nicht schreiben kann. Es ist ein octavus subscriptor zuzuziehn, der anstatt des Erblassers unterschreibt (D. 6, 23, 21, 1).[12])

---

[11]) Das ordentliche Privattestament des BGB. ist das selbstgeschriebene. Es wird errichtet durch eine von dem Erblasser unter Angabe des Ortes und des Tages vollständig eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung (§ 2231[2]). Wer minderjährig ist oder Geschriebenes nicht zu lesen vermag, kann nicht „holographisch" testieren (§ 2247), sondern nur mündlich öffentlich (§ 2238 Abs. 2); stumme (oder sonst am Sprechen behinderte) Minderjährige oder stumme Analphabeten sind deshalb testierunfähig.

[12]) Nach BGB. §§ 2238 Abs. 2, 2242 Abs. 2, 2247 können Blinde und Analphabeten nicht holographisch, sondern nur durch mündliche Erklärung testieren; die Erklärung des Erblassers, daß er nicht schreiben könne, ist im Protokoll festzustellen. Stumme oder sonst am Sprechen Behinderte können nur holographisch oder durch Übergabe einer Schrift testieren (§§ 2243). Stumme Analphabeten sind daher testierunfähig (Anm. 11).

2) Erleichtert (privilegiert) ist[13]):

das testamentum tempore pestis conditum; bei diesem ist es den Zeugen erlassen, sich in einem Raume mit dem Testator aufzuhalten (C. 6, 23, 8);

das test. ruri conditum; hierbei genügen 5 Zeugen, von denen die schreibkundigen nach Kundgebung des Inhalts des Testaments für die schreibunkundigen unterschreiben können (C. 6, 23, 31);

das test. parentum inter liberos; bei diesem genügt eigenhändige Niederschrift der Namen der als Erben eingesetzten Descendenten, ferner ihrer Erbteile mit Buchstaben und des Datums (C. 6, 23, 21, 3, Nov. 107, 1);[14]) [15])

das testamentum militis.

Das röm. Soldatentestament als Testament eines besonderen privilegierten Standes wurde durch Mandate der römischen Kaiser seit Titus geschaffen und bildete seit Trajan einen unveränderlichen Bestandteil des liber mandatorum.

---

[13]) Nach BGB. §§ 2249 ff. finden Formerleichterungen statt (Nottestamente):

a. bei naher Todesgefahr: das Testament kann vor dem Gemeindevorsteher errichtet werden, der zwei Zeugen zuzuziehen hat (§ 2249);

b. bei Ortssperre infolge von Krankheit oder sonstigen außerordentlichen Umständen: das Testament kann wie zu a oder durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen errichtet werden (§ 2250);

c. für Testamente auf deutschen Schiffen außerhalb eines inländischen Hafens (Seetestamente): Errichtung durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen (§ 2251).

Über das Militärtestament vgl. S. 1083[10].

[14]) Vom testamentum ist die bloße divisio parentum inter liberos zu unterscheiden, in der ohne Änderung der Erbteile bloße Teilungsvorschriften enthalten sind. Dafür genügt ein von den Ascendenten oder den Descendenten unterschriebener Aufsatz (Nov. 18, 7; 107, 3). Das Ascendententestament darf Erbeinsetzungen fremder Personen nicht enthalten (C. 6, 23, 21, 3 a). Bei Vermächtnissen an Fremde bedarf es nach richtiger Ansicht der Kodizillarform.

[15]) Auf Grund mißverstandener kanonischer Vorschriften wurde gemeinrechtlich das test. ad pias causas als auch formlos gültig betrachtet. Die fragliche Stelle (X. 3, 26, 11) behandelt aber nicht die Errichtung, sondern den Beweis der Errichtung eines Testaments.

Danach[15a]) können die aktiven Soldaten in jeder beliebigen Form[16]) mit jedem beliebigen Inhalte testieren[17]). Das Testament behält seine Kraft noch ein Jahr nach der Entlassung, wenn diese keine schimpfliche war. Justinian beschränkt das Privileg auf die Zeit, wo der Soldat im Felde steht (C. 6, 21, 17).[18])

[15a]) Vgl. D. 29, 1, 1, pr.: Caput ex mandatis . . . . ut quoquomodo testati fuissent, rata esset eorum voluntas. faciant igitur testamenta quo modo volent, faciant quo modo poterint sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas testatoris.

[16]) Es genügt nach C. 6, 21, 15, 1: „si quid in vagina aut in clipeo litteris sanguine suo rutilantibus (rot) adnotaverint, aut in pulvere (Sand) inscripserint gladio sub ipso tempore, quo in proelio vitae sortem derelinquunt"; vgl. I. 2, 11: De militari testamenti; D. 29, 1, C. 6, 21: De testamento militis.

[17]) So gelten für das Militärtestament nicht die Sätze: semel heres, semper heres (S. 943; es ist also auch eine Einsetzung unter einer Resolutivbedingung oder mit einem dies ad quem zulässig, S. 1013), nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest (S. 977), nemo cum pluribus testamentis decedere potest (S. 978); ferner gilt für Militärtestamente nicht die Notwendigkeit der Accrescenz (S. 1028[16]), die lex Falcidia (S. 1067) und das formelle Noterbrecht (unten § 171 b 1).

[18]) Das Gem. R. hat die Privilegien des Militärtestaments aufgenommen, aber die Befugnis zur formlosen Errichtung auf die Schlacht beschränkt, während sonst zwei Zeugen zuzuziehen waren (Reichsnotariatsordnung v. 1512 II § 2: „Die Ritter, die in Übung des Streits sind, mögen ihr Testament machen ohne alle Sollenität oder Form und wie sie wollen").

Das Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 44 hat die materiellen Privilegien des Militärtestaments beseitigt und dessen Form dahin bestimmt, daß es gültig ist, wenn es:

a. vom Testator eigenhändig geschrieben und unterschrieben (wenn auch nicht datiert, wie das selbstschriftliche Testament nach BGB. § 2231[5]) ist; oder

b. vom Testator eigenhändig unterschrieben und von zwei Zeugen oder an deren Stelle von einem Offizier (Gerichtsoffizier, Militärarzt, Militärgeistlichen) mitunterzeichnet ist; oder

c. vom Testator mündlich erklärt und von einem Offizier (usw.) sowie zwei Zeugen beurkundet ist.

Militärisch testieren können nach erklärtem Kriegs- oder Belagerungszustand alle zum aktiven Heer gehörenden Personen (auch Kranken-

γ. Errichtung der Vermächtnisse.

Vermächtnisse werden regelmäßig in Testamenten errichtet. Sie können ferner selbständig in der Form der Testamente errichtet werden, falls der Erblasser eine Erbeinsetzung nicht vornehmen will und seiner letztwilligen Verfügung daher der Charakter des Testaments abgeht (S. 965). Für solche Fälle braucht der Erblasser sich jedoch nach rR.[19]) der umständlichen Testamentsform nicht zu bedienen, vielmehr stehen ihm zwei erleichterte Formen zur Verfügung.

a. Kodizillarform (I. 2, 25, D. 29, 7, C. 6, 36).

1) Wie schon S. 964 erwähnt können Vermächtnisse (und sonstige letztwillige Verfügungen mit Ausnahme von Erbeinsetzungen und Enterbungen: Universalfideikommisse, Vormundsernennungen, Auflagen, Freilassungen) in einem Kodizill (codicillus, häufiger codicilli) angeordnet werden. Das Kodizill bedarf nach justin. R. der Zuziehung von nur 5 (statt der bei Testamenten erforderlichen 7) Zeugen (C. 6, 36, 8, 3).[20])

2) Kodizille können schriftlich (davon der Name) oder mündlich (codicilli nuncupativi) errichtet werden. Die unitas actus ist hierbei zu wahren (S. 1080). Schriftliche Kodizille müssen gleich Testamenten von dem Erblasser und den Zeugen untersiegelt werden. Für das Kodizill eines Blinden ist Testamentsform vorgeschrieben (C. 6, 22,

---

pfleger, Marketender, Kriegsgefangene, Geiseln) nach dem Ausrücken aus dem Standort oder im Falle eines Angriffs auf diesen.

Über die Ausdehnung dieser Vorschriften auf in Dienst gestellte Fahrzeuge der Kaiserlichen Marine vgl. EGBGB. Art. 44.

[19]) Dagegen kennt das BGB. keine besonderen Formen für die Errichtung von Vermächtnissen; es muß vielmehr in allen Fällen letztwilliger Verfügung die — durch Zulassung des selbstschriftlichen Testaments sehr erleichterte — Testamentsform benutzt werden.

[20]) Streitig ist, ob diese Zeugen den gleichen Vorbedingungen entsprechen müssen wie die Testamentszeugen (Windscheid), insbesondere zum Zeugnis „rogiert" sein müssen oder ob sie bloße Beweiszeugen sind (so Dernburg unter Berufung auf I. 2, 25, 3: nullam sollemnitatem ordinationis desiderant und C. 6, 36, 8, 3: quinque testes vel rogati vel qui fortuitu venerint).

8); ob auch für die sonstigen Fälle qualifizierter Testamentserrichtung die Kodizillarform unverwendbar ist, ist streitig.

3) Durch Hinzufügung der Kodizillarklausel kann eine als Testament unwirksame Verfügung als Kodizill wirksam sein (S. 966). Der eingesetzte Erbe muß dann wählen, ob er die Erbschaft als Testamentserbe oder als Universalfideikommissar erwerben will und kann die einmal getroffene Wahl nicht ändern, außer wenn er zu den Ascendenten und Descendenten des Erblassers bis zum 4. Grade agnatischer oder bis zum 3. Grade kognatischer Berechnung gehört (C. 6, 36, 8).[21])

b. Das Oralfideikommiß.

1) Nach Justinians Vorschrift (I. 2, 23, 12, C. 6, 42, 32) kann ein Singular- oder Universalvermächtnis auch durch formlosen unmittelbaren Auftrag des Erblassers an den Beschwerten angeordnet werden. Streitig ist, ob die Auflage nur mündlich (daher „Oralfideikommiß", fideicommissum heredi praesenti iniunctum, vgl. I. 2, 23, 12: quod nihil tale a testatore audivit, so Dernburg) oder auch schriftlich oder durch Boten (Windscheid) geschehen kann.

2) Das sog. Oralfideikommiß unterliegt eigentümlichen Beweisvorschriften. Wird es nämlich vom angeblich Beschwerten bestritten, so kann es durch keine anderen Beweismittel als durch Zuschiebung des Eides (quod nihil tale a testatore audivit, s. o.) an diesen bewiesen werden; der Kläger muß aber vorher den Gefährdeeid (iusiurandum

---

[21]) Hat das konvertierte Testament auch als Kodizill keine Wirksamkeit (zB. wegen mangelnder Testierfähigkeit des Erblassers), so bleibt es wirkungslos. Hat der Erbe ferner aus dem Testament angetreten und wird dieses wegen Pflichtteilsverletzung angefochten, so wird es durch die Kodizillarklausel auch nicht als Kodizill aufrechterhalten, weil das Testament als in colore insaniae errichtet (§ 171 b 2) gilt (D. 5, 2, 13; 32, 36). Tritt der Erbe jedoch aus dem Testament nicht an, sondern erklärt er, daß das Testament als Intestatkodizill zu behandeln sei, so kommt ihm die Kodizillarklausel zu gute und er erhält das ihm Zugewendete — mit Abzug der quarta Trebellianica — als Universalfideikommissar der Intestaterben (S. 1069).

calumniae) leisten, daß er nicht aus bloßer Chikane klage, sondern von der Begründetheit seines Anspruchs überzeugt sei[22]).

d. Ungültigkeit letztwilliger Verfügungen[23]).

1. Allgemeines.

α. Letztwillige Verfügungen können von vornherein nichtig sein (test. nullum, non iure factum), zB. wegen eines Formmangels oder des Mangels einer gültigen Erbeinsetzung oder weil dem Testator zur Zeit der Errichtung die testamenti factio activa fehlte. Durch späteren Fortfall des Ungültigkeitsgrundes wird ein von vorn herein nichtiges Testament nicht gültig (regula Catoniana, S. 315; D. 50, 17, 210: Quae ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest). Das test. nullum gilt als nicht vorhanden; daher bleibt ein älteres Testament des Erblassers in Kraft, während es von einem gültig errichteten, aber nachträglich unwirksam gewordenen Testament beseitigt wird (I. 2, 17, 2, D. 28, 3, 2; unten S. 1087).

β. Ein gültig errichtetes Testament kann nachträglich unwirksam werden, D. 28, 3, 1:

a. wenn der Erblasser durch capitis diminutio das Testierrecht verliert (S. 1075, während nachträglicher Verlust der Testierfähigkeit einflußlos ist, S. 1076); sog. test. irritum, so zB. wenn der zur Zeit der Testamentserrichtung gewaltfreie Testator nachträglich (durch Arrogation

---

[22]) Das Oralfideikommiß ist in das Gem. R. übergegangen. Nach Einführung der CPO. (1879) wurde es aber streitig, ob es noch anwendbar sei, da die CPO. keinen Gefährdeeid kennt und in EGCPO. § 14[2] die prozeßrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze aufgehoben sind, welche die Beweismittel in Ansehung gewisser Rechtsverhältnisse beschränken. Das Reichsgericht (ERG. 32, 159) hat die fernere Zulässigkeit anerkannt, indem es die erwähnten Eide für materiellrechtliche Voraussetzungen des Anspruchs aus dem Oralfideikommiß erklärte.

Das BGB. kennt keine besondere Kodizillarform (S. 967[1]), und daher weder die Kodizillarklausel noch das Oralfideikommiß.

[23]) I. 2, 17: Quibus modis testamenta infirmantur; D. 28, 3: De iniusto rupto irrito facto testamento.

oder Legitimation) alieni iuris wird. Wird der Testator jedoch vor seinem Tode wieder gewaltfrei, so ist das Testament gültig, weil es für die Testierbefugnis nur auf den Augenblick der Errichtung des Testaments und des Todes des Erblassers, nicht (wie bei der testamenti factio passiva, S. 1022) auch auf die Zwischenzeit ankommt (I. 2, 17, 6, D. 37, 11, 1, 8), S. 1075;

b. wenn keiner der gültig eingesetzten (oder substituierten) Erben Erbe wird, sei es, daß sie vor dem Erblasser oder nach ihm, aber vor Antritt der Erbschaft (ohne Vorliegen eines Transmissionsgrundes) sterben oder der Erbschaft entsagen (test. destitutum s. desertum). In diesem Falle verlieren alle Testamentsanordnungen, auch die Vermächtnisse, ihre Geltung (anders BGB. § 2085, S. 1074[2]); vgl. I. 2, 17, 2, D. 26, 2, 9 u. 50, 17, 181: Si nemo subiit hereditatem, omnis vis testamenti solvitur;

c. wenn das Testament vom Testator widerrufen wird (unten 2) oder der Erblasser nach der Testamentserrichtung einen im Testamente nicht berücksichtigten Noterben erhält (durch Geburt, S. 1020, oder Adoption, vgl. S. 1097 und ähnlich BGB. § 2079). In beiden Fällen sprechen die Quellen vom test. ruptum (D. 28, 3, 1 u. 3, pr.).

2. Widerruf.

Der Erblasser hat das (unverzichtbare, S. 964) Recht, seine Verfügungen von Todes wegen zu widerrufen; denn gültig ist nach rR. (anders heute wegen der Zulässigkeit eines Erbvertrages, S. 1093[1]) nur diejenige Verfügung von Todes wegen, die den letzten Willen des Erblassers enthält.

Der Widerruf kann erfolgen:

α. durch Errichtung eines neuen Testaments, sofern dieses rechtsbeständig ist (I. 2, 17, 2, D. 28, 3, 11 u. 16). Nach dem das röm. Testamentsrecht beherrschenden Grundsatze: nemo cum duobus testamentis decedere potest (S. 978), hob das neue Testament durch sein bloßes Vorhandensein das alte auf, also auch dann, wenn der Testator dies nicht erklärte, ja sogar wenn er das alte ausdrücklich in Kraft ließ; nur kann in letzterem

Falle das alte als Kodizill in Betracht kommen (D. 28, 3, 12, 1). Das frühere Testament ist aber auch dann aufgehoben, wenn es neben dem neuen bestehen könnte (anders BGB. § 2258), ja selbst dann, wenn das neue (zB. wegen Ausschlagung des in ihm eingesetzten Erben oder Geburt eines nicht eingesetzten Noterben) wirkungslos ist (D. 28, 3, 3, 4). Ist das neue Testament begonnen, aber noch nicht vollendet (test. posterius imperfectum), so ist es in der Regel wirkungslos; hat der Erblasser aber in dem späteren Testament seine Intestaterben, im früheren Fremde eingesetzt, so tritt Intestaterbfolge ein, auch wenn das zweite noch nicht völlig beendet ist, sofern nur der Wille des Testators durch 5 Zeugen erwiesen werden kann (C. 6, 23, 21, 5). Hat der Testator ferner das spätere Testament in der Absicht wieder aufgehoben, das erste wieder gelten zu lassen, so wird aus diesem bonorum possessio erteilt (D. 37, 11, 11, 2; vgl. BGB. § 2257).

Mehrere gleichzeitig errichtete Testamente werden als eins behandelt (D. 37, 11, 1, 6; S. 978). Für Soldaten gilt dies auch hinsichtlich mehrerer nach einander errichteter Testamente (D. 29, 1, 19);

β. durch absichtliche Zerstörung der Testamentsurkunde oder Streichung der Namen sämtlicher Erben (D. 28, 4: De his quae in testamento delentur; ebenso BGB. § 2255);

γ. ausdrücklich entweder in Testamentsform (ebenso BGB. § 2254) oder mündlich vor drei Zeugen oder zu gerichtlichem Protokoll, falls das Testament über 10 Jahre alt ist (C. 6, 23, 27).

Über die ademptio und translatio der Legate vgl. S. 1057, 1058 über die Kodizillarklausel S. 966.

3. Prozesse über die Gültigkeit der Testamente werden in der Regel zwischen den Testamentserben und den Intestaterben geführt. Entgegen dem Grundsatze: iudicium ius facit inter partes (S. 415) sind jedoch die hierbei ergehenden Urteile und abgeschlossenen Vergleiche auch für die Ansprüche der Vermächtnisnehmer und Erbschaftsgläubiger von Bedeutung.

α. Wer im Prozesse rechtskräftig obgesiegt hat, kann von den Erbschaftsgläubigern und Vermächtnisnehmern als Verpflichteter in Anspruch genommen werden (D. 30, 50, 1).

β. Ist das Testament rechtskräftig für ungültig erklärt, so müssen die Legatare dies gegen sich gelten lassen, es sei denn daß die Parteien im Erbprozesse im Einverständnisse mit einander nur einen Scheinprozeß geführt (kolludiert) haben oder daß nur ein Versäumnisurteil ergangen ist (D. 30, 50, 1).

γ. Haben die Parteien sich verglichen, so brauchen die Erbschaftsgläubiger und Legatare sich daran nicht zu kehren (D. 2, 15, 3, pr.); sie sind aber berechtigt, jede der Parteien auf den ihr im Vergleich zugewiesenen Teil in Anspruch zu nehmen (D. 2, 15, 14).

e. Eröffnung der letztwilligen Verfügungen[24]).

1. Durch die lex Iulia de vicesima hereditatum (lex Iulia vicesimaria) wurde im Interesse der Erhebung der durch dies Gesetz eingeführten Erbschaftssteuer (S. 87[1]) bestimmt: wer sich nach dem Tode einer Person im Besitze einer von ihr errichteten letztwilligen Verfügung befindet, hat diese binnen 5 Tagen dem Ortsgericht zur Eröffnung auszuhändigen, widrigenfalls er der Strafe der lex Cornelia de falsis (S. 180) verfällt. Das Gericht hat die anwesenden Zeugen zur Anerkennung ihrer Siegel vorzuladen, in ihrer Gegenwart das Testament (und etwaige Kodizille) zu entsiegeln und zu verlesen, über die Eröffnungshandlung ein Protokoll aufzunehmen, in welchem die eröffneten Urkunden wiederzugeben sind, und alle Urkunden sodann im Gerichtsarchiv zu verwahren.

2. Wer ein Interesse an der Einsichtnahme in ein Testament hat, kann nach dem Tode des Erblassers von jedem Inhaber der Urkunde, insbesondere auch von dem Erben mit dem interdictum de tabulis exhibendis

[24]) D. 29, 3: Testamenta quemadmodum aperiantur inspiciantur et describantur; C. 6, 32.

deren Vorlegung an Gerichtsstelle verlangen[25]). Im Falle der Weigerung haftet der Beklagte dem Kläger auf sein Interesse (S. 647).

3. Besteht ein Verdacht, daß der Erblasser ermordet ist, dann darf nach einem SC. Silanianum (10 n. Chr., vgl. S. 208) das Testament erst eröffnet werden, wenn die Todesursache festgestellt insbesondere die beim Tode zugegen gewesenen Sklaven gefoltert worden sind. Wer die Verfolgung des Mörders des Erblassers vorsätzlich unterläßt, wird erbunwürdig (unten § 172 b 1 α).

4. Vor der Testamentseröffnung kann der eingesetzte Erbe keine bindende Erklärung über Antretung und Ausschlagung der Erbschaft abgeben (S. 982).[26])

f. Gemeinschaftliche Testamente, d. h. von mehreren Personen in einer Urkunde errichtete letztwillige Verfügungen waren dem rR. unbekannt. Nur wird in C. 2, 3, 19 die Rechtsgültigkeit einer letztwilligen Verfügung anerkannt, in welcher Soldaten sich gegenseitig zu Erben einsetzen[27]).

---

[25]) D. 29, 3, 2, pr.: Tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis, hoc est heredis, sed universorum, quibus quid illic adscriptum est: quin potius publicum est instrumentum.

[26]) Nach BGB. sind die öffentlich errichteten Testamente stets, die Privattestamente auf Verlangen des Erblassers in amtliche Verwahrung (in der Regel der Amtsgerichte) zu nehmen (§§ 2246, 2248). Das Gericht hat nach Kenntnis des Todes des Erblassers die bei ihm verwahrten Testamente zu eröffnen (§§ 2260 ff.). Wer ein nicht in amtliche Verwahrung gebrachtes Testament verwahrt, hat es nach Kenntnis des Todes des Erblassers dem Nachlaßgericht zur Eröffnung unverzüglich auszuliefern (§ 2259). Wer ein rechtliches Interesse glaubhaft macht, kann ein eröffnetes Testament einsehen und eine beglaubigte Abschrift desselben verlangen (§ 2264).

[27]) a. Im Gem. R. wurden wechselseitige Testamente anerkannt und man unterschied:

1. das test. simultaneum, ein Testament mehrerer Personen in einer Urkunde;

2. das test. reciprocum s. mutuum (gegenseitiges oder wechselseitiges Testament), d. h. ein gemeinschaftliches Testament, in dem die Testatoren sich gegenseitig zu Erben einsetzen;

3. das test. correspectivum, d. h. ein gegenseitiges Testament, in dem die wechselseitigen Anordnungen sich derart bedingen, daß der Bestand des einen von dem Bestehenbleiben des anderen abhängig sein soll, der Widerruf von einer Seite also das ganze Testament beseitigt. Verzichten die Testatoren auf den Widerruf, so liegt kein korrespektives Testament, sondern ein Erbvertrag vor (S. 1092).

b. Nach BGB. §§ 2265 ff. kann ein gemeinschaftliches Testament nur von Ehegatten errichtet werden. Meist geschieht dies in der Form des sog. Berliner Testaments (S. 1071[4]). Im Zweifel gelten die beiderseitigen Verfügungen als korrespektiv, wenn sich die Ehegatten gegenseitig bedenken oder wenn dem einen Ehegatten von dem anderen eine Zuwendung gemacht und für den Fall des Überlebens des Bedachten eine Verfügung zu Gunsten einer Person getroffen wird, die mit dem anderen Ehegatten verwandt ist oder ihm sonst nahe steht (§ 2270).

Vierter Abschnitt. Erbvertrag
(BGB. §§ 2274—2302).

§ 170. Die Erbverträge.

a. Begriff und Zulässigkeit.

1. Erbvertrag ist ein Vertrag über die Beerbung eines oder beider Vertragschließenden. Er kann sein:

α. Erbvertrag im engeren Sinne oder Erbeinsetzungsvertrag (pactum successorium affirmativum s. acquisitivum), wenn durch ihn ein Erbrecht in den Nachlaß eines der Vertragschließenden begründet wird; oder

β. Erbverzicht (pactum successorium negativum s. renuntiativum), wenn er ein Erbrecht beseitigt, das dem Verzichtenden in Ansehung des Nachlasses des Vertragsgegners zusteht.

Wird durch einen Vertrag von Todes wegen nicht eine Erbfolge begründet, wie durch den Erbeinsetzungsvertrag, sondern nur ein Anspruch auf bestimmte Gegenstände des Nachlasses eines der Vertragschließenden, so spricht man von Vermächtnisvertrag oder partikulärem Erbvertrag.

2. Allen Erbverträgen ist, da sie eben als Verträge eine gegenseitige Bindung enthalten, die Unwiderruflichkeit eigen. Daher hat das rR. den Erbeinsetzungsvertrag als unsittlich nach dem Grundsatz: ambulatoria debet esse testatoris voluntas (S. 964) schlechthin verworfen (vgl. C. 8, 38, 4: quia contra bonos mores de successione futura interposita fuit stipulatio), während Erbverzichte deshalb nichtig waren, weil eine Erbschaft nur von einem

dazu Berufenen ausgeschlagen werden kann (S. 982, D. 38, 16, 16, C. 6, 20, 3).[1])

b. Erbschaftsvertrag.

Nichtig war nach rR. nicht nur ein auf den Todesfall geschlossener Vertrag, durch den die Vertragsparteien über den Nachlaß eines von ihnen verfügten. Vielmehr wurde auch der über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten geschlossene Vertrag (Erbschaftsvertrag, pactum de hereditate tertii) als unsittlich angesehen und daher für nichtig erklärt, es sei denn, daß der Dritte den Vertrag genehmigt. Wer ohne eine solche Genehmigung über die von ihm erwartete Erbschaft eines Dritten verfügt, verliert sie bei späterem Anfall als indignus (D. 34, 9, 2, 3; 39, 5, 29, 2 f.; C. 2, 3, 30; unten § 172 b 1 δ).[2])

Zulässig ist die Veräußerung einer bereits angefallenen Erbschaft (Erbschaftskauf, unten § 173).

---

[1]) Das Gem. R. hat die Erbverträge nach der richtigen Meinung anerkannt. Streitig war, ob sie, wie die die sonstigen Verträge (S. 308[7]), formfrei gültig oder an die Testamentsform gebunden wären.

Auch das BGB. hat die Erbverträge aufgenommen und zwar behandelt es in gesonderten Abschnitten den als Erbvertrag bezeichneten Erbeinsetzungsvertrag (§§ 1941, 2274 ff.) und den Erbverzicht (§§ 2346 ff.). Auf die Errichtung des Erbvertrags finden die Vorschriften über die Testamentserrichtung Anwendung; ein Erbvertrag kann jedoch nur in öffentlicher Form, nicht selbstschriftlich, errichtet werden (§§ 2276 ff.). Der Erbverzichtsvertrag bedarf gerichtlicher oder notarieller Beurkundung (§ 2348). Ein Erbvertrag kann regelmäßig nur von einem unbeschränkt Geschäftsfähigen und persönlich (§§ 2275 ff.), ein Erbzichtsvertrag auch von einem beschränkt Geschäftsfähigen und für einen Geschäftsunfähigen durch seinen gesetzlichen Vertreter geschlossen werden (§ 2347).

[2]) Auch nach BGB. § 313 ist ein Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten sowie über den Pflichtteil oder ein Vermächtnis aus seinem Nachlaß nichtig. Zulässig ist nur ein — gerichtlich oder notariell zu beurkundender — Vertrag unter künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbteil oder den Pflichtteil einer der Vertragsparteien.

Fünfter Abschnitt. Pflichtteil
(BGB. §§ 2303—2338).

§ 171. Noterbrecht und Pflichtteilsrecht.

a. Übersicht.

Das rR. ging, wie S. 963 darlegt, davon aus, daß der Erblasser über sein Vermögen von Todes wegen völlig frei verfügen dürfte. In der späteren Entwickelung dagegen wurde ihm die Berücksichtigung der nächsten erbberechtigten Verwandten zur Pflicht gemacht (vgl. D. 50, 16, 120), und zwar in zwei verschiedenen Formen. Einerseits sollte der Erblasser in seinem Testamente seine Abkömmlinge (nach jüngstem rR. auch seine Vorfahren) als die natürlichen Erben nicht einfach übergehen, sondern jedenfalls erwähnen, also entweder als Erben einsetzen oder enterben, sog. formelles Noterbrecht. Andererseits hatten Abkömmlinge, Vorfahren und unter Umständen sogar Geschwister einander gegenüber ein unentziehbares Recht auf einen bestimmten Teil (sog. legitima sc. portio) ihres gesetzlichen Erbteils (ihrer „Intestatportion"); der Erblasser sollte dieser Erben nicht nur „gedenken", sondern sie auch „bedenken", sog. materielles Noterbrecht oder Pflichtteilsrecht.

Nur das Soldatentestament war von den Beschränkungen sowohl des formellen (I. 2, 13, 6) als des materiellen Noterbrechts (D. 5, 2, 8, 4) befreit. Über die Pupillarsubstitution vgl. S. 1037.

In der Entwickelung des römischen Noterbrechts sind vier Abschnitte zu unterscheiden:

1. das alte civile Noterbrecht, ein formelles Noterbrecht zu Gunsten der sui (b 1 α);

2. das prätorische Noterbrecht, ein formelles Noterbrecht zu Gunsten aller Descendenten des Erblassers (b 1 β);

3. das vom Centumviralgericht geschaffene materielle Noterbrecht zu Gunsten der Ascendenten, Descendenten und Geschwister (b 2);

4. die durch die Novelle 115 herbeigeführte Verbindung des formellen und materiellen Noterbrechts (c).

b. Rechtszustand bis zur Novelle 115.

1. Formelles Noterbrecht.

α. Nach altem Civilrechte[1]) mußte der Erblasser seine sui, d. h. diejenigen Hauskinder, die durch seinen Tod gewaltfrei wurden, entweder als Erben einsetzen (honor institutionis: „heres esto") oder enterben (nota exheredationis: „exheres esto"); er durfte sie aber nicht übergehen[2]). Hierin lag nur eine Form. Denn einerseits galt der nicht eingesetzte oder enterbte suus auch dann als verletzt, wenn er seine volle Intestatportion zwar erhalten hatte, aber nur durch Vermächtnisse oder andere Zuwendungen; und andererseits konnte der Testator einen suus, sofern er ihn im Testamente nur erwähnte, auf einen bloßen Bruchteil seiner

[1]) Vgl. I. 2, 13: De exheredatione liberorum; D. 28, 2: De liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis (C. 6, 28 u. 29).

[2]) G. 2, 123 (= I. 2, 13, pr.): Qui filium in potestate habet, curare debet ut eum vel heredem instituat vel nominatim exheredet; alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur. Diesen Grundsatz führt die herrschende Meinung (Bangerow) darauf zurück, daß die sui als Miteigentümer des Hausvermögens (S. 980[2]) nur durch eine ausdrückliche Enterbung des Hausvaters dieses Rechts entsetzt werden sollten. Andere (Dernburg) erklären den Satz damit, daß die Verstoßung der sui als der zunächst berufenen Erben eine ganz ungewöhnliche Maßregel war, für die daher eine ausdrückliche und mit Rücksicht auf die ursprüngliche Testamentsform (in procinctu und calatis comitiis, S. 1077) öffentliche Feststellung vorgeschrieben war.

Mit den Noterben, d. h. den notwendig zur Erbschaft zu berufenden nicht zu verwechseln sind die heredes necessarii, die notwendig (und daher ohne Antretung) zur Erbschaft gelangenden Erben (S. 980).

Inteſtatportion als Erben einſetzen oder ihn ſogar gänzlich enterben, ohne einen dieſe Maßregel rechtfertigenden Grund angeben zu müſſen. Eine wirkliche Beſchränkung der Teſtierfreiheit lag hierin alſo nicht.

Das Noterbrecht der Hausſöhne war wirkungsvoller als das der übrigen Hauskinder (der suae und der unter der patria potestas ihres Großvaters ſtehenden Enkel).

a. Hausſöhne mußten ausdrücklich, wenn auch nicht notwendig mit Nennung des Namens (nominatim, G. 2, 127: Titius filius meus exheres esto od. auch nur: Filius meus exheres esto) und, wenn der Erblaſſer Subſtitutionen angeordnet hatte, „ab omni gradu“ (D. 28, 2, 3) enterbt werden[3]). Bedingte Erbeinſetzung genügte nur im Fall einer Poteſtativbedingung (D. 28, 5, 87, denn der suus erhielt dadurch die ihm ſonſt verſagte Möglichkeit, die ihm im Falle der Nichtigkeit des Teſtaments ipso iure anfallende Erbſchaft abzulehnen, S. 980); ferner dann, wenn der suus unter der entgegengeſetzten Bedingung ausdrücklich enterbt war.

Die Verletzung dieſer Vorſchriften machte das Teſtament von Anfang an nichtig (test. nullum, S. 1086), und zwar nach der von Juſtinian aufgenommenen Meinung der Sabinianer auch dann, wenn der Hausſohn vor dem Erblaſſer ſtarb[4]). Dem Inteſtaterben ſtand alſo die hereditatis

---

[3]) War ein Hausſohn bei den Erbeinſetzungen (a primo gradu) übergangen, bei den Subſtitutionen (a secundo gradu) enterbt, ſo waren jene nichtig, dieſe gültig (D. 28, 2, 3, 6). Der beim erſten Grade übergangene Sohn kann die hierauf beruhende Nichtigkeit jedoch nur geltend machen, wenn der erſte Grad überhaupt in Betracht kommt; vgl. D. 37, 4, 8, 1 und 5 und über die Form der Enterbungen den verſchiedenen Graden gegenüber D. 28, 2, 3, 2 ff., C. 6, 28.

[4]) G. 2, 123 (Fortſ. von Anm. 2): adeo quidem, ut nostri praeceptores (S. 124) existiment, etiamsi vivo patre filius defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento existere posse, quia scilicet statim ab initio non constiterit institutio; sed diversae scholae auctores, siquidem filius mortis patris tempore vivat, sane impedimento eum esse scriptis heredibus et illum ab intestato heredem fieri confitentur; si vero ante mortem patris interceptus sit, posse ex testamento hereditatem adiri putant, nullo iam filio impedimento; quia scilicet

petitio ab intestato (die gemeinrechtlich sog. „querela nullitatis iuris antiqui") zu.

b. Haustöchter und Enkel brauchten nur durch eine allgemeine Formel enterbt zu werden (exheredatio inter ceteros: „ceteri exheredes sunto"). Ihre Übergehung führte ferner nicht Nichtigkeit des Testaments herbei; vielmehr galten sie — um das Universalsuccessionsprinzip und den Grundsatz „nemo pro parte" usw. (S. 977) zu wahren — als neben den Testamentserben berufen (scriptis heredibus in partem accrescunt, G. 2, 124), und zwar neben sui zu einem Kopfteile, neben extranei zur Hälfte des Nachlasses[5]).

Auch Personen, die erst nach der Testamentserrichtung sui des Erblassers geworden waren (postumi sui, S. 1020) müssen — seitdem ihre Institution und Exheredation zulässig wurde — eingesetzt oder enterbt werden, sonst wurde das Testament hinfällig (agnatione postumi rumpitur testamentum, S. 1087). Söhne mußten auch hier besonders (G. 2, 132: Quicumque mihi filius genitus fuerit, exheres esto) enterbt werden, bei Töchtern genügte die exheredatio inter ceteros, „dum tamen aliquid eis legetur, ne videantur per oblivionem praeteritae esse".

β. Nach prätorischem Rechte stand das Recht auf formelle Einsetzung oder Enterbung allen zur bon. poss. unde liberi (S. 948) berufenen Kindern, also auch den Emanzipierten zu. Für die Form der Enterbung galt das Gleiche wie nach Civilrecht. Das übergangene Kind

existimant non statim ab initio inutiliter fieri testamentum filio praeterito.

[5]) Die verschiedene Behandlung der Haussöhne und der Haustöchter beseitigte erst Justinian in C. 6, 28, 4, 1 mit der Begründung: „qui enim tales differentias inducunt, quasi naturae accusatores existunt, cur non totos masculos generavit, ut, unde generentur, non fiant"; vgl. auch I. 2, 13, 5: „quia utraque persona in hominum procreatione similiter naturae officio fungitur". Im justinianischen Rechte mußten also alle Kinder nominatim enterbt werden, und ihre Übergehung führte stets Nichtigkeit des Testaments herbei.

konnte die bon. poss. contra tabulas erbitten (D. 37, 4, C. 6, 12). Waren neben übergangenen Kindern richtig eingesetzte vorhanden, so konnten auch diese „commisso per alium (sc. liberum) edicto", statt aus dem Testamente zu erben, die bon. poss. contra tabulas wählen, wenn sie dabei besser fortkamen (D. 37, 4, 3, 11; 37, 4, 8, 14; zB. wenn ihnen weniger als ihre Intestatportion hinterlassen oder diese mit Legaten beschwert war). Den gültig enterbten Kindern stand dieses Recht nicht zu (D. 37, 4, 10, 5).

Die Erbittung der bon. poss. contra tabulas zog nicht Nichtigkeit des ganzen Testaments nach sich, sondern hatte zunächst nur die Folge, daß der „Kontratabulant" seine volle Intestatportion erhielt[6]). In Kraft blieben dagegen die Enterbungen, die Pupillarsubstitutionen und in Höhe eines Kopfteils der Kontratabulanten Erbeinsetzungen und Vermächtnisse zu Gunsten der Eltern und Kinder des Erblassers (personae exceptae s. coniunctae), endlich das Vermächtnis der Rückgabe der dos an seine Frau und seine Schwiegertochter (vgl. D. 37, 5: De legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita).

Der „Kontratabulant" klagt mit dem int. quorum bonorum (S. 1002) und der hereditatis petitio possessoria (S. 999).

Wurde die b. p. contra tabulas nicht nachgesucht, so erhielten die Testamentserben die b. p. secundum tabulas (D. 37, 11, 2, pr.).

2. Pflichtteilsrecht bis zur Novelle 115.

Der Rechtsgedanke, daß bestimmte Intestaterben einen Anspruch nicht nur auf Erwähnung im Testamente, sondern auch auf einen Teil der Erbschaft haben, verdankt der Praxis des für Erbschaftssachen zuständigen Volksgerichts, des Gerichtshofs der centumviri (S. 999[5]) seine Entwickelung.

---

[6]) Nach einer Bestimmung Mark Aurels (G. 2, 126) sollten hierbei Weiber jedoch nicht mehr erhalten als vermöge ihres Accrescenzrechts nach Civilrecht. Dies beseitigte Justinian in der in Anm. 5 erwähnten, auf Ausgleichung der Geschlechtsunterschiede gerichteten l. 4 C. de liberis praeteritis vel exheredatis 6, 28.

α. Ein Erblasser, der seinen nächsten Angehörigen nicht mindestens einen Teil des gesetzlichen Erbteils hinterließ, ohne hierzu einen wichtigen Grund zu haben, wurde so angesehen, als hätte er diese Anordnung[7]) im Wahnsinne getroffen. Sein Testament wurde daher „hoc colore, quasi non sanae mentis testator fuerit" (I. 2, 18, pr.) vom Centumviralgericht auf Beschwerde des durch die unverdiente Zurücksetzung auch in seiner Ehre gekränkten Intestaterben (querela inofficiosi testamenti) soweit aufgehoben, als es erforderlich war, um dem Intestaterben seinen vollen gesetzlichen Erbteil zuzuwenden. Voraussetzungen und Wirkungen der Querel waren — von wenigen Punkten abgesehen — bis zur Novelle 115 nicht gesetzlich, sondern nur gewohnheitsrechtlich festgestellt (vgl. I. 2, 18, D. 5, 2, C. 3, 28: De inofficioso testamento).

a. Pflichtteilsberechtigt waren anfänglich nur Ascendenten und Descendenten, später auch Geschwister, aber nur dann, wenn ihnen eine „turpis persona" vorgezogen war. Halbbürtige Geschwister waren seit Konstantin (C. 3, 28, 27) nur dann pflichtteilsberechtigt, wenn sie den Vater (consanguinei), nicht auch, wenn sie die Mutter gemeinsam hatten (uterini). Unvollkommen Adoptierte waren nur ihren leiblichen Eltern, vollkommen Adoptierte nur ihrem Adoptivvater gegenüber pflichtteilsberechtigt (C. 8, 47, 10; vgl. S. 917 ff.).

Die Genannten waren jedoch sämtlich nur unter der Voraussetzung pflichtteilsberechtigt, daß sie die nächsten gesetzlichen Erben waren. Hinterließ also der Erblasser zB. einen minus plene adoptatus und seinen Vater, oder (unter Einsetzung einer turpis persona) einen vollbürtigen Neffen und einen halbbürtigen Bruder, so stand dem Vater und dem Bruder, da sie nicht die nächsten gesetzlichen Erben waren, kein Pflichtteilsrecht zu. Konnte oder wollte der

[7]) Die Quellen (I. 2, 18, pr., D. 5, 2, 2) weisen ausdrücklich darauf hin, daß der seine pflichtteilsberechtigten Verwandten nicht bedenkende Testator nicht als wirklich wahnsinnig zu behandeln sei; denn sonst wäre ja das Testament gänzlich nichtig gewesen.

nächste Pflichtteilsberechtigte (zB. der Sohn) die Querel nicht erheben, so fand eine successio in querelam des folgenden Pflichtteilsberechtigten (zB. des Enkels) statt.

b. Die Pflichtteilsberechtigten hatten nicht etwa einen Anspruch auf ihren vollen Intestaterbteil; denn ein solcher Satz hätte beim Vorhandensein von Pflichtteilsberechtigten die Testierfreiheit des Erblassers völlig beseitigt. Vielmehr beschränkte sich das Recht des Pflichtteilsberechtigten auf einen Bruchteil der Intestatportion (sog. legitima sc. portio).[8]).

Die legitima war anfänglich in Nachbildung der Quarta Falcidia (S. 1067) auf $^1/_4$ der Intestatportion bestimmt; Justinian erhöhte sie in Novelle 18 auf $^1/_3$ und bei mehr als vier Intestaterben auf $^1/_2$ der Intestatportion[9]).

---

[8]) War dem Pflichtteilsberechtigten diese legitima ganz hinterlassen, so mußte er sich damit begnügen. War sie ihm aber nicht ganz hinterlassen, so konnte er seinen vollen Intestaterbteil verlangen, und zwar bis auf Justinian ohne Rücksicht darauf, ob ihm garnichts oder nur ein Teil der legitima hinterlassen war. Erst Justinian führte die Unterscheidung ein (S. 1103), daß dem Pflichtteilsberechtigten der Anspruch auf den vollen Intestaterbteil zustände, wenn ihm garnichts hinterlassen wäre, während er, wenn ihm die legitima zum Teil hinterlassen wäre, nur deren Ergänzung, nicht den vollen Intestaterbteil beanspruchen könnte.

[9]) Dies gibt der Vers eines unbekannten Juristen wieder:
Quatuor aut infra natis dant iura trientem,
Sed dant semissem liberis, si quinque vel ultra.
Hiernach betrug die legitima bei 4 Kindern $^1/_{12}$, bei 5 Kindern $^1/_{10}$ der Erbschaft. War ein Kind gültig enterbt, so wurde es bei der Berechnung der Intestatportion der übrigen, wenn diese ihren Pflichtteil forderten, mitgezählt. Dadurch minderte sich im allgemeinen der Pflichtteil, außer in dem Falle, daß fünf Kinder in Frage kamen. Denn dann wurde durch die Mitzählung des einen Enterbten die Intestatportion der übrigen zwar von $^1/_4$ auf $^1/_5$ vermindert, ihr Pflichtteil aber von $^1/_3$ auf $^1/_2$ erhöht, sodaß sie, statt $^1/_{12}$, $^1/_{10}$ der Erbschaft erhielten. Dies drückt die Rechtsparömie aus: exheredatus partem facit ad minuendam, numerum ad augendam legitimam.

Streitig war im Gem. R. die legitima der Enkel. Die herrschende Meinung stellte den allgemeinen Grundsatz auf: wessen Intestatportion $^1/_4$ oder mehr beträgt, dessen Pflichtteil ist $^1/_2$; wessen Intestatportion $^1/_5$ oder weniger beträgt, dessen Pflichtteil ist $^1/_3$. Danach

Diesen Bruchteil mußte jeder Pflichtteilsberechtigte also mindestens aus dem Nachlasse (C. 3, 28, 36, 1 b) erhalten. Da es sich hierbei aber nicht, wie beim (formellen) Noterbrecht, um Wahrung einer Form handelte, galt der Pflichtteilsberechtigte nicht als verletzt, wenn er den Pflichtteil zwar nicht durch Erbeinsetzung, aber in anderer Weise erhielt, zB. durch Vermächtnis oder Schenkung von Todes wegen (I. 2, 18, 6); ferner waren eine Schenkung unter Lebenden sowie eine Ausstattung (dos, donatio propter nuptias, militia, d. h. Kauf einer Subalternbeamtenstelle) auf den Pflichteil anzurechnen, die Schenkung aber nur, wenn dies bei der Zuwendung bestimmt worden war.

---

wurde der Pflichtteil jedes Enkels nach dem ihm gebührenden Intestaterbteile besonders berechnet, sodaß, wenn E zwei Kinder eines verstorbenen Sohnes und vier Kinder einer verstorbenen Tochter hinterließ, der Pflichtteil der ersteren $^1/_8$, der letzteren $^1/_4$ betrug. Nach einer anderen Meinung kam es dagegen auf die Anzahl der Stämme an, sodaß die legitima nur beim Vorhandensein von mehr als 4 Stämmen $^1/_2$ betrug.

Streitig war ferner im Gem. R. die Art und Weise der Berechnung des Pflichtteils, ob nämlich der Pflichtteil für jeden Berechtigten als Teil seiner Intestatportion gesondert zu berechnen sei (sog. Distributivberechnung), oder ob für die Pflichtteilsberechtigten insgesamt der der legitima entsprechende Teil der Erbschaft ($^1/_4$ oder $^1/_2$) auszuscheiden sei, in den sie sich zu teilen hätten (sog. Kollektivberechnung). Hinterließ zB. E seinen Vater, den er auf den Pflichtteil setzte, und 4 Brüder, die er unter Einsetzung einer nicht unwürdigen Person überging, so würde bei einem reinen Nachlasse von 20000 Mk. der Pflichtteil des Vaters nach der Distributivberechnung $^1/_2$ seiner Intestatportion (4000 Mk.), also 2000 Mk., dagegen nach der Kollektivberechnung $^1/_5$ des Nachlasses, also 10000 Mk. sein. Für die Kollektivberechnung spricht zwar der Wortlaut der Novelle (18 c. 1: „tertia pars propriae substantiae", „media pars totius substantiae"); die überwiegende Ansicht folgte aber der allein gleichmäßige Ergebnisse gewährenden Distributivberechnung, da der dem materiellen Noterbrechte zu Grunde liegende Gedanke, der auch Justinians Anordnungen beherrschte, der ist, daß jeder Pflichtteilsberechtigte einen nur unter bestimmten Voraussetzungen entziehbaren Anspruch auf einen gewissen Teil seines gesetzlichen Erbrechts habe; so auch BGB. § 2303 Satz 2.

Für die Berechnung des Wertes der Intestatportion ist die Todeszeit des Erblassers zu Grunde zu legen (C. 3, 28, 6). Die Schulden und Begräbniskosten sind in Abzug zu bringen (D. 5, 2, 89). Vgl. BGB. § 2311.

Jedenfalls mußte der Pflichtteilsberechtigte aber seinen vollen Pflichtteil erhalten und zwar ohne daß dieser durch Bedingung, Zeitbestimmung oder Auflage beschränkt sein durfte. Derartige Beschränkungen gelten seit Justinian (C. 3, 28, 32) als nicht beigefügt, soweit sie den Pflichtteil belasten, sind also, wenn dem Pflichtteilsberechtigten mehr als der Pflichtteil hinterlassen ist, nur für das Übermaß wirksam. Der Erblasser kann aber auch anordnen, daß der Erbe, wenn er sich die Belastung des ganzen ihm Zugewendeten nicht gefallen lassen will, nur den Pflichtteil erhalten und den Mehrbetrag verlieren soll; gemeinrechtlich sog. cautela Socīni, benannt nach dem italienischen Juristen Marianus Socinus (aus Siena, † 1556), der in einem Gutachten die Zulässigkeit einer derartigen Anordnung verteidigte[10]).

β. Die völlige Enterbung, d. h. die Entziehung des Pflichtteils, war zulässig, wenn der Pflichtteilsberechtigte durch sein Verhalten dem Erblasser zu dieser Maßregel einen genügenden Anlaß gegeben hatte. Hierüber entschied bis zur Novelle 115 das freie richterliche Ermessen. Die Enterbung brauchte nicht immer eine Strafmaßregel gegen den Pflichtteilsberechtigten zu sein (exheredatio notae causa); vielmehr war auch eine exheredatio bona mente zulässig, zB. wegen Überschuldung des Pflichtteilsberechtigten.

γ. War dem Pflichtteilsberechtigten ohne genügende Veranlassung der Pflichtteil nicht ganz hinterlassen, so mußte

---

[10]) Hatte also A seine Söhne B und C zu Erben eingesetzt mit der Beschränkung, daß sie nur auf Lebenszeit den Nießbrauch erhalten sollten, die Verfügung über die Substanz aber erst ihren fideikommissarisch substituierten Kindern zustehen sollte, so wäre nach rR. (C. 3, 28, 32) diese Beschränkung nur für $^2/_3$ des Nachlasses bindend gewesen, nicht für das Pflichtteilsdrittel. Durch die cautela Socini („das mit meinen Anordnungen unzufriedene Kind setze ich auf den Pflichtteil") konnte A unmittelbar nun zwar auch nicht die Pflichtteilsberechtigten zwingen, sich die Beschränkung auch für den Pflichtteil gefallen zu lassen; aber er stellte sie doch vor die Wahl, dies zu tun oder den über den Pflichtteil hinausgehenden Teil ganz zu verlieren. Dies gilt auch nach BGB. § 2306 und zwar kraft Gesetzes, nicht nur, wie nach rR., im Falle einer ausdrücklichen diesbezüglichen Anordnung des Erblassers.

man unterscheiden, ob ihm überhaupt nichts oder ob ihm nur zu wenig zugewendet war; im ersteren Falle konnte er mit der querela inofficiosi testamenti seinen vollen Intestaterbteil[11]), im letzteren Falle dagegen — wenigstens seit Justinians l. 30 C. 3, 28 (S. 1100[8]) — mit einer actio suppletoria (ad supplendam legitimam) nur Ergänzung bis zur Höhe des Pflichtteils verlangen.

Als Grundlage der Querel galt die Kränkung des Pflichtteilsberechtigten, die er durch die ungerechtfertigte Enterbung erlitt. Die Querel war daher eine actio vindictam spirans, somit bis zur erfolgten Litiskontestation unvererblich (D. 5, 2, 6, 2, S. 409[3]); sie wurde ferner durch Anerkennung des Testaments beseitigt (D. 5, 2, 31, 4) und verjährte in fünf Jahren seit dem Antritte des Testamentserben (C. 3, 28, 36, 2). Sie war auch ein zweischneidiger Rechtsbehelf, insofern als der Kläger, wenn er abgewiesen wurde, alles ihm im Testamente Zugewendete als indignus zu Gunsten des Fiskus verlor (D. 5, 2, 8, 14, S. 1109). Sie sollte endlich nur mangels jedes anderen Rechtsbehelfs, also nur subsidiär, angestellt werden dürfen (I. 2, 18, 2). Alles dies galt nicht für die actio suppletoria.

In Nachbildung der querela inofficiosi testamenti wurde seit Alexander Sever eine querela inofficiosae donationis et dotis geschaffen. Damit konnte der Pflichtteilsberechtigte, der durch übermäßige unentgeltliche Zuwendungen des Erblassers unter Lebenden in seinem

[11]) Die Klage war gegen die Testamentserben zu richten, setzte aber deren bereits erfolgten Erbschaftsantritt voraus. Justinian bestimmte daher zur Verhinderung einer Verschleppung in C. 3, 28, 36, 2a, daß der Testamentserbe sich binnen 6 oder 12 Monaten seit dem Tode des Erblassers erklären müsse, je nachdem die Parteien in derselben Provinz wohnten oder nicht.

War nur ein Pflichtteilsberechtigter vorhanden, so umfaßte seine Intestatportion die ganze Erbschaft; das Testament wurde dann also gänzlich „rescindiert". Anderenfalls konnte nur eine „partielle Rescission" eintreten, ebenso wenn von mehreren Testamentserben nur einer verklagt wurde. Es konnte in diesem Fall also ausnahmsweise (S. 977) ein gesetzlicher Erbe neben einem Testamentserben erben. Wollte von mehreren Pflichtteilsberechtigten einer die Querel nicht durchführen, so accrescierte sein Teil den übrigen (D. 5, 2, 23, 2).

Pflichtteile verletzt war, von den Empfängern Rückgewähr in solcher Höhe verlangen, daß er seinen Pflichtteil erhielt, berechnet nach dem Vermögensstande des Erblassers unter Zurechnung des von ihm Weggegebenen (C. 3, 29 und 30).

c. Die Vorschriften der Novelle 115.

In der Novelle 115 ordnete Justinian[12]) das formelle und das materielle Noterbrecht von neuem, aber nicht in so umfassender Weise, wie er dies hinsichtlich des Intestaterbrechts in den Novellen 118 und 127 tat (S. 950). Das Verhältnis der neuen zu den bisherigen Vorschriften ist daher in vielen Punkten streitig.

1. Geordnet ist in Novelle 115 nur das Verhältnis der Ascendenten und Descendenten zu einander. Das Pflichtteilsrecht der Geschwister bei Einsetzung einer turpis persona ist daher unberührt geblieben und ist mit der querela inofficiosi testamenti zu verfolgen[13]).

---

[12]) Von den 6 Kapiteln der 542 n. Chr. erlassenen Novelle 115 ordnen das Noterbrecht nur die Kapitel 3, 4, 5; Kapitel 1 und 2 behandeln prozeßrechtliche Fragen (Entscheidung in der Berufungsinstanz nach dem zur Zeit des Urteils erster Instanz geltenden Rechte, Maßregeln gegen Prozeßverschleppung), Kapitel 6 behandelt die Wirkung eines constitutum debiti proprii vel alieni (S. 511[6]).

[13]) Nicht erwähnt und daher als beibehalten anzusehen ist auch die exheredatio bona mente (S. 1102). Nicht berührt von der Novelle sind endlich die sog. außerordentlichen Noterbrechte, nämlich das Intestaterbrecht der „armen Witwe" (S. 958) und der gesetzliche Vermächtnisanspruch des „unmündigen Arrogierten" (Quarta Divi Pii, S. 959), welche insofern den Charakter von Noterbrechten hatten, als sie den Berechtigten durch letztwillige Verfügung des Erblassers überhaupt nicht entzogen werden konnten (Nov. 53, 6, I. 1, 11, 3). Die arme Witwe und der Arrogierte konnten ihr Recht durch persönliche Klage gegen die Erben als Nachlaßgläubiger oder wie Miterben geltend machen. Manche halten aber das Recht der armen Witwe nicht für ein Erbrecht, sondern für ein gesetzliches Vermächtnis. Zur Anfechtung von Veräußerungen zwecks Beeinträchtigung seines Anspruchs waren dem Arrogierten zwei Klagen gegeben, die actio quasi Faviana, wenn der pater arrogans mit, die actio quasi Calvisiana, wenn er ohne Hinterlassung eines Testaments gestorben war. Diese Klagen sind dem Patronatsrechte nachgebildet. Nach justin. R. hat der Patron nämlich ein Pflichtteilsrecht in Höhe von $^1/_3$ des Nachlasses des Freigelassenen, es sei denn, daß dieser seine

2. Justinian setzt bestimmte Gründe fest, bei deren Vorhandensein die Enterbung ausschließlich zulässig sein soll[14]). Der Testator muß den Enterbungsgrund ausdrücklich angeben; der Beweis der Richtigkeit ist vom Testamentserben zu führen. Liegt ein solcher Grund nicht vor, so sollen Eltern ihre Kinder, und Kinder, falls sie nicht eigene Nachkommen haben, ihre Eltern nicht nur mit dem Pflichtteile bedenken (materielles Noterbrecht), sondern auch im Testament als Erben einsetzen (formelles Noterbrecht); Nov. 115, 5, pr. Streitig ist nun zunächst das Verhältnis dieser Vorschrift zu dem bisherigen civilen (S. 1095) und prätorischen (S. 1097) formellen Noterbrechte. Nach dem sog. Additional- oder Korrektionssysteme (Cujacius) soll das alte Recht neben dem neuen fortbestehen, also zB. die Enterbung in den Formen des bisherigen Rechts ge-

---

Kinder eingesetzt hat oder sein Nachlaß weniger als 100 aurei beträgt. Hat der Freigelassene nun zwecks Verkürzung des Pflichtteilsrechts des Patrons sein Vermögen durch Veräußerungen unter Lebenden vermindert, so steht dem Patron die actio Faviana zu, wenn der Freigelassene mit, die actio Calvisiana, wenn er ohne Testament gestorben ist.

[14]) a. Enterbung der Descendenten durch die Ascendenten ist zulässig (Nov. 115, 3; 14 Gründe): wegen schwerer Verfehlungen gegen die Eltern (Tätlichkeiten, schwere Beleidigungen, Erhebung persönlicher Anklagen, außer Majestätsbeleidigung und Landesverrat, schädigende Verleumdungen, Lebensnachstellung); wegen gewisser Akte der Lieblosigkeit (Ablehnung einer Bürgschaft, durch die ein Ascendent aus dem Gefängnisse hätte befreit werden können, Verlassen des Erblassers in Geisteskrankheit, Nichtloskauf aus der Gefangenschaft); wegen unsittlichen Lebenswandels (Eintritt in eine Giftmischerbande, Beischlaf mit der Frau oder Konkubine des Vaters, Unsittlichkeit der Tochter, es sei denn, daß die Eltern schuldhaft unterließen, sie bis zu ihrem 25. Lebensjahre zu verheiraten); beim Ergreifen des Berufs als Gaukler oder Schauspieler gegen den Willen der Eltern, es sei denn, daß diese den gleichen Beruf hatten; wegen Verhinderung der Eltern am Testieren und wegen Ketzerei.

b. Enterbung der Ascendenten durch die Descendenten ist zulässig (Nov. 115, 4; 8 Gründe): bei Denunziation wegen todeswürdiger Verbrechen (außer Majestätsbeleidigung), wegen Lebensnachstellung, Beischlaf mit Frau oder Konkubine des Sohnes, Verhinderung der Kinder am Testieren, Vergiftung des eigenen Ehegatten, Verlassen des Erblassers in Geisteskrankheit, Unterlassen des Loskaufs, Ketzerei.

schehen müssen (S. 1096 ff.), während nach dem Derogations- oder Reformsysteme (Basiliken, Glosse) das alte Recht als beseitigt anzusehen, also zB. auch eine formlose Enterbung gültig ist.

3. Streitig ist aber vor allem schon seit der Glossatorenzeit die Wirkung einer entgegen den Vorschriften der Novelle 115 erfolgten Übergehung oder Enterbung auf die Erbeinsetzungen[15]).

a. Nach dem Nullitätssysteme (Glossator Martinus) sind die Erbeinsetzungen nichtig (so auch das Reichsgericht, ERG. 11, 230). Hierbei ist aber weiter streitig, ob die Nichtigkeit eintritt:

a. absolut, sodaß die Erbeinsetzungen selbst dann nichtig sind, wenn der zur Zeit der Testamentserrichtung vorhandene Noterbe vor dem Testator fortfällt; oder nur

b. relativ, nämlich nur dann, wenn der zu Unrecht übergangene Noterbe den Testator überlebt, oder sogar nur dann, wenn er erklärt, von seinem Rechte Gebrauch machen zu wollen.

Die Anhänger des Nullitätssystems geben dem Berechtigten zur Erlangung seines Erbteils als dem Intestaterben die hereditatis petitio (sog. querela nullitatis de iure novo, vgl. S. 1097).

β. Nach dem Inoffiziositätssysteme (Glossator Bulgarus) begründet die ungerechte Übergehung oder Enterbung keine Nichtigkeit, sondern nur Anfechtbarkeit der Erbeseinsetzungen. Dieser Anspruch ist vom Berechtigten mit der

---

[15]) Nur die Erbeinsetzungen werden von der Geltendmachung eines Noterbrechts betroffen; der sonstige Testamentsinhalt (zB. Vermächtnisse, Pupillarsubstitutionen, Vormundschaftsbestellungen) bleibt unberührt (Nov. 115, 3, 14 und 4, 9).

Ist ein Noterbe als Erbe eingesetzt, ihm aber weniger als der Pflichtteil zugewendet, so hat er, wie nach früherem justinianischen Rechte (S. 1103), nur die actio suppletoria.

Ja, der Erblasser kann durch Zufügung der Kodizillarklausel (S. 966) auch die Erbeinsetzungen als Universalfideikommisse aufrechterhalten, sodaß der eingesetzte Erbe (als Universalfideikommissar) den Noterben nur die Quarta Trebellianica (S. 972) herauszugeben braucht (S. 1085[21]).

querela inofficiosi testamenti geltend zu machen und unterliegt deren Beschränkungen (fünfjährige Verjährung, Unvererblichkeit, Erbunwürdigkeit des abgewiesenen Klägers, S. 1103).

γ. Nach dem sog. gemischten Systeme (Glossator Accursius) sollen die Erbeinsetzungen nichtig sein, wenn überhaupt kein Enterbungsgrund angeführt ist (weil dann die in Nov. 115 vorgeschriebene Form nicht beobachtet sei), nur anfechtbar dagegen, wenn der angeführte Enterbungsgrund sich als unwahr herausstellt[16]).

---

[16]) Das Noterbrecht des rR. ist in der ihm durch die Nov. 115 gegebenen Gestalt in das Gem. R. übergegangen. Dagegen hat das BGB. das Noterbrecht in vielen Beziehungen abweichend vom rR. ausgestaltet.

a. Das BGB. kennt, wie schon die Überschrift des fünften Abschnittes zeigt, kein formelles Noterbrecht, also kein Recht bestimmter Personen auf Einsetzung oder Enterbung, sondern nur ein Pflichtteilsrecht.

b. Pflichtteilsberechtigt sind: die Abkömmlinge (einschließlich der Legitimierten und Adoptierten), die Eltern und der Ehegatte des Erblassers, also nicht, wie im rR., die weiteren Ascendenten und in keinem Falle mehr die Geschwister (§ 2303).

c. Der Pflichtteil beträgt durchgängig die Hälfte des Werts der Intestatportion (§ 2303 Satz 2). Der Pflichtteilsberechtigte ist also nicht Erbe in Höhe der Hälfte des gesetzlichen Erbteils, sondern hat nur ein Forderungsrecht gegen den Testamentserben auf den Geldwert dieser Hälfte. Der Pflichtteilsanspruch entsteht mit dem Erbfalle und ist von diesem Augenblicke an vererblich und übertragbar (§ 2317).

d. Enterbungsgründe, bei deren Vorliegen dem Pflichtteilsberechtigten der Pflichtteil entzogen werden kann, sind:

1. gegenüber einem Abkömmling (§ 2333): Lebensnachstellung, Mißhandlung, Verbrechen oder vorsätzliches Vergehen gegen den Erblasser, böswillige Verletzung der Unterhaltspflicht, ehrloser oder unsittlicher Lebenswandel;

2. gegenüber Vater oder Mutter (§ 2334): Lebensnachstellung, Verbrechen oder Vergehen, Verletzung der Unterhaltspflicht;

3. gegenüber dem Ehegatten (§ 2335): Vorliegen eines die Ehescheidung begründenden Verschuldens.

e. Über die der querela inofficiosae donationis vel dotis nachgebildete Anfechtung von Schenkungen zwecks Ergänzung des Pflichtteils vgl. §§ 2325 ff., über die Enterbung in guter Absicht § 2338.

Sechster Abschnitt. Erbunwürdigkeit
(BGB. §§ 2339—2345).

§ 172. Die Erbunwürdigkeit[1]).

a. Allgemeines.

Nach dem rR. der Kaiserzeit werden Zuwendungen von Todes wegen den Bedachten (Erben, Vermächtnisnehmern) nach dem Erwerb unter gewissen Umständen wieder entzogen und (als „ereptorium") anderen Personen zugewiesen. Bei der hier in Frage kommenden indignitas (Erbunwürdigkeit) handelt es sich also nicht um einen Mangel der Erbfähigkeit (S. 938) oder der Erwerbsfähigkeit (incapacitas, S. 939). Vielmehr werden die Berechtigten Erben oder Vermächtnisnehmer; das von ihnen Erworbene kann ihnen jedoch von anderen wieder fortgenommen werden. Soweit im folgenden nicht etwas anderes bemerkt ist, fällt das ereptorium dem Fiskus zu.

b. Gründe der Indignität.

1. Verfehlungen gegen den Erblasser oder seinen letzten Willen.

Erbunwürdig ist aus diesem Gesichtspunkte:

a. wer vorsätzlich (C. 6, 35, 10, nach manchen auch fahrlässig, vgl. D. 34, 9, 3) den Tod des Erblassers herbeiführt oder den Mörder des Erblassers nicht verfolgt (SC. Silanianum, S. 1090);

---

[1]) D. 34, 9: De his quae ut indignis auferuntur; C. 6, 35: De his quibus ut indignis auferuntur et ad SC. Silanianum.

β. wer die Rechtsfähigkeit des Erblassers angreift (D. 34, 9, 9, 1: si status controversiam movit);

γ. wer den Erblasser in seiner Geisteskrankheit nicht unterstützte (zu Gunsten dessen, der ihn unterstützte, Nov. 115, 3, 12 u. 4, 6) oder aus der Gefangenschaft nicht loskaufte (zu Gunsten der Kirche des Heimatsortes des Erblassers, Nov. 115, 3, 13);

δ. wer bei Lebzeiten des Erblassers über dessen Nachlaß einen Erbschaftsvertrag schließt (D. 34, 9, 2, 3, S. 1093);

ε. wer den letzten Willen des Erblassers mißachtet, indem er ihn unberechtigt als falsch (D. 34, 9, 5, 1 ff.) oder inoffiziös (D. 5, 2, 8, 14, S. 1103) angreift;

ζ. wer ein Testament oder Kodizill bei Seite bringt (D. 48, 10, 4 u. 26, S. 1089);

η. wer den Erblasser von der Errichtung, Änderung oder Aufhebung einer letztwilligen Verfügung durch Zwang abhält (S. 1017);

ϑ. wer ein Jahr lang trotz richterlicher Aufforderung die ihm auferlegten Beschwerungen nicht erfüllt (zu Gunsten — nach einander — der Substituten, Miterben, Legatare, Intestaterben, Nov. 1, 1 u. 4).

2. Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften.

Erbunwürdig ist aus diesem Gesichtspunkte:

α. wer ein fideicommissum tacitum übernimmt, d. h. zur Umgehung der Inkapazitätsvorschriften (S. 939) heimlich die Herausgabe des Nachlasses oder eines Teils an einen incapax verspricht (ll. 10 pr., 11, 23 D. 34, 9);

β. wer mit dem Erblasser in einer strafbaren (nach anderen überhaupt in außerehelicher) Geschlechtsverbindung gestanden hat (D. 34, 9, 14, C. 5, 5, 4).

3. Mangelnder Wille des Erblassers zur Berufung.

Von diesem Gesichtspunkte aus ist unwürdig:

α. wessen Name vom Erblasser durchstrichen oder wessen Einsetzung in einem zweiten, aber nicht wirksamen Testamente zurückgenommen ist (D. 34, 9, 12), S. 1088;

β. wer vom Erblasser infolge von Irrtum eingesetzt oder bedacht ist (S. 1017).[2])

c. Folgen der Indignität.

Liegt ein Unwürdigkeitsgrund vor, so gilt derjenige, an den das dem Unwürdigen Entrissene fällt, vom Anfalle an den Unwürdigen an, an dessen Stelle als Erbe, ohne daß es einer Anfechtung bedarf. Daher gelten die vom Unwürdigen vorgenommenen Verfügungen über Nachlaßgegenstände als nichtig (D. 26, 7, 47, 5). Kennt der Unwürdige beim Antritt der Erbschaft den Indignitätsgrund, so gilt er als bösgläubiger Besitzer, haftet daher wie ein solcher für die Früchte und kann für die durch den Erbschaftsantritt infolge von Konfusion für ihn eingetretenen Verluste keinen Ersatz verlangen (D. 34, 9, 8 u. 18, 1); bei Unkenntnis des Indignitätsgrundes soll er jedoch keinen Schaden erleiden (D. 34, 9, 17).

Die dem indignus in dem Testament auferlegten Lasten (Vermächtnisse, Freilassungen) gehen auf den Fiskus oder den sonst Eintretenden über (D. 29, 5, 9; 34, 9, 16, 2: cum suo onere fiscum succedere). Durch Ausschlagung der Erbschaft werden die Folgen der Indignität nicht abgewendet; ebensowenig durch den Tod des Unwürdigen (D. 29, 5, 22).[3])

---

[2]) Bei der Rezeption wurden die Indignitätsfälle in das Gem. R. aufgenommen, aber ohne das Recht des Fiskus. Auch nach BGB. § 2344 Abs. 2 fällt die Erbschaft des Unmündigen demjenigen an, der berufen sein würde, wenn der Unwürdige zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte. Erbunwürdig ist nach BGB. § 2339: wer den Erblasser vorsätzlich getötet, oder zu töten versucht hat oder auf die Errichtung oder Aufhebung seiner letztwilligen Verfügungen in unzulässiger Weise eingewirkt hat.

[3]) Nach BGB. §§ 2340 ff. wird die Erbunwürdigkeit durch Anfechtung des Erbschaftserwerbs geltend gemacht. Wird der Erbe für erbunwürdig erklärt, so gilt — wie nach rR. — der Anfall an den an seine Stelle Tretenden als mit dem Erbfall erfolgt. Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn der Erblasser dem Erbunwürdigen verziehen hat.

Hat ein Vermächtnisnehmer den Erblasser getötet, zu töten versucht, oder testierunfähig gemacht, so ist der Anspruch aus dem Vermächtnis anfechtbar (§ 2345).

Siebenter Abschnitt. Erbverzicht
(BGB. §§ 2346—2352).

Achter Abschnitt. Erbschein
(BGB. §§ 2353—2370).[1])

---

[1]) Der 7. und 8. Abschnitt des 5. Buchs des BGB. behandelt zwei dem rR. fremde und hier nur der Vollständigkeit wegen zu erwähnende Rechtsinstitute.

a. Der Erbverzicht ist eine Art des Erbvertrags im w. S.; vgl. hierüber oben S. 1093[1].

b. Erbschein ist ein dem (gesetzlichen oder gewillkürten) Erben über sein Erbrecht und, wenn er nur zu einem Teile der Erbschaft berufen ist, über die Größe seines Erbteils erteiltes Zeugnis. Das Nachlaßgericht hat auf den vom Erben zu stellenden und durch öffentliche Urkunden und eidesstattliche Versicherung glaubhaft zu machenden Antrag die das Erbrecht des Antragstellers begründenden Tatsachen festzustellen. Da das Nachlaßgericht hierbei zum Teil auf die einseitigen Angaben des Antragstellers angewiesen ist, so wird durch die Erteilung des Erbscheins an den Antragsteller nicht etwa dessen Erbrecht endgültig festgestellt. Vielmehr wird dadurch nur eine gesetzliche Vermutung geschaffen, daß der im Erbscheine Bezeichnete der Erbe ist (ähnlich der provisorischen Einweisung in die Erbschaft nach rR., S. 989). Entspricht dies nicht den Tatsachen, ist zB. das Testament, auf welchem der Erbschein beruht, nichtig, so kann der wahre Erbe gegen den Erbscheinserben den Erbschaftsanspruch erheben, muß aber als Kläger auftreten und sein Erbrecht nachweisen. Der Erbscheinserbe gilt aber dritten gegenüber als wahrer Erbe; wer also mit einem Erbscheinserben über Nachlaßgegenstände ein Rechtsgeschäft vornimmt, ist geschützt, sofern er nicht die Unrichtigkeit des Erbscheins kennt (§§ 2365 ff). Der Erbschein gewährt also eine ähnliche Rechtsstellung wie die Eintragung im Grundbuch (S. 709[1]).

Neunter Abschnitt. Erbschaftskauf
(BGB. §§ 2371—2385).

---

§ 173. Der Erbschaftskauf.

a. Abtretung des Rechts aus der Berufung.

Nach älterem Rechte konnte eine civilrechtliche Intestaterbschaft (legitima hereditas), die angefallen (deferiert), aber noch nicht erworben (angetreten) war, durch in iure cessio auf einen Anderen übertragen werden. Den sui et necessarii heredes war diese Art der Veräußerung natürlich verschlossen, da bei ihnen Berufung und Erwerb zusammenfallen (S. 980). Ebenso war nichtig die in iure cessio einer testamento delata hereditas (G. 2, 35 ff.; 3, 85 ff.). Durch die Übertragung trat der Erwerber ohne weiteres und auch den Erbschaftsgläubigern gegenüber als Universalsuccessor völlig an die Stelle des Erben. Ob diese Veräußerung der noch nicht erworbenen Erbschaft in das justinianische Recht übergegangen ist (vgl. die anscheinend irrig aufgenommenen l. 4 § 28 D. 44, 4) ist streitig.

b. Verkauf einer erworbenen Erbschaft.

Sehr gewöhnlich war im jüngsten rR. die Veräußerung einer bereits erworbenen Erbschaft (D. 18, 4 u. C. 4, 39: De hereditate vel actione vendita). Im Gegensatze zu der unter a erwähnten begründet diese Veräußerung — entsprechend der Regel: semel heres, semper heres — lediglich unter den Vertragsteilen Rechte und Pflichten; nach außen hin blieb dagegen der Veräußerer berechtigt und verpflichtet.

1. Außenverhältnis.

Der Erbschaftskauf führt keine Universalsuccession herbei[1]). Der Erbschaftskäufer erwirbt nicht die Erbschaft als ganzes, sondern nur die einzelnen Erbschaftssachen auf Grund der vom Erben vorzunehmenden Übertragung (Übergabe der körperlichen Sachen, C. 4, 39, 6, Abtretung der Forderungen, D. 18, 4, 2, 8, C. 4, 39, 5; ebenso BGB. § 2374). Andererseits können Erbschaftsgläubiger und Vermächtnisnehmer sich nicht an den Erbschaftskäufer, sondern nur an den Erben halten, es sei denn, daß der Erbschaftskäufer ihnen gegenüber die Nachlaßschulden übernommen hat (C. 4, 39, 2).[2])

Nur wer vom Fiskus eine diesem angefallene Erschaft erwirbt, gilt als unmittelbarer Gesamtnachfolger des Erblassers. Daher können die Nachlaßgläubiger sich in diesem Falle nur an den Erwerber halten (C. 4, 39, 1).

2. Innenverhältnis.

Im Verhältnisse zu einander sind der Erbe und der Erbschaftskäufer obligatorisch verpflichtet, den Rechtszustand herzustellen, der eingetreten wäre, wenn der Erbschaftskäufer an Stelle des Verkäufers Erbe geworden wäre (D. 18, 4, 2, pr.; 18, 4, 2, 18, vgl. BGB. §§ 2374 ff.). Der Verkäufer muß also alle Nachlaßgegenstände auf den Käufer übertragen, dieser dem Verkäufer den Kaufpreis zahlen und

---

[1]) Auch die bereits erworbene Erbschaft konnte nach früherem Rechte durch in iure cessio auf einen Anderen übertragen werden. Aber auch hierdurch wurde keine Universalsuccession des Erwerbers begründet; vielmehr galt diese in iure cessio adquisitae hereditatis nur als eine in einen Rechtsakt zusammengefaßte Übertragung der im quiritischen Eigentum des veräußernden Erben stehenden Nachlaßsachen. Da durch in iure cessio ferner nur körperliche Sachen übertragen werden konnten, so erloschen die Nachlaßforderungen; vgl. G. 2, 34 ff.

Der Erbschaftskauf bedarf nach rR. keiner Form, nach BGB. § 2371 der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.

[2]) Nach BGB. § 2382 haftet der Käufer den Nachlaßgläubigern ohne weiteres, unbeschadet der Fortdauer der Haftung des Verkäufers. Diese Haftung des Käufers kann durch den Kaufvertrag nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden.

ihn von allen Nachlaßschulden befreien (D. 18, 4, 2, 9: Sicuti lucrum omne ad emptorem hereditatis respicit, ita damnum quoque debet ad eundem respicere), insbesondere auch die infolge des Erbfalls dem Verkäufer durch Konfusion verloren gegangenen Rechte wieder herstellen (D. 18, 4, 2, 18 u. 19; ebenso BGB. § 2377). Der Nachlaß ist im Zweifel in dem Zustande zu übergeben, in dem er sich zur Zeit der Übernahme durch den Verkäufer befand (D. 18, 4, 2, 1). Der Verkäufer haftet für Eviktion hinsichtlich des Nachlasses als solchen, mangels ausdrücklicher Übernahme dagegen nicht hinsichtlich einzelner Nachlaßgegenstände (C. 8, 44, 1; ebenso BGB. § 2376).[3])

[3]) Streitig (aber nach der vermutlichen Absicht der Parteien zu verneinen, ebenso BGB. § 2373) ist die Frage, ob ein dem Verkäufer nach dem Verkaufe der Erbschaft durch Accrescenz zufallender Erbteil dem Käufer gebühre.

Anhang.

I. Rechtssprichwörter.

Accessio cedit principali 247.
Actioni nondum natae non praescribitur 362.
Actore non probante reus absolvitur 395.
Adoptio naturam imitatur 914.
Agere non valenti non currit praescriptio 365.
Agnatione postumi rumpitur testamentum 1097.
Alteri stipulari nemo potest 479[9].
Ambulatoria debet esse testatoris voluntas 964.
Anweisung ist keine Zahlung 644[1].
Augen auf oder Beutel auf 558[6].
Beati possidentes 372.
Bis de eadem re ne sit actio 411.
Bonae fidei possessor fructus consumptos suos facit 764.
Casum sentit dominus 446.
Casus a nullo praestantur 446.
Cavere aut carere 720.
Certum esse debet consilium testantis 1111[2].
Commodum eius esse debet, cuius periculum est 550.
Compensatio compensationis non datur 525.
Concursu fiunt partes 942[7].
Confessus pro iudicato habetur 158.
Consensus facit nuptias 868.
Da mihi factum, dabo tibi ius 381[3].
Der Tote erbt den Lebendigen 940.
Diei adiectio pro reo est, non pro stipulatore 452[4].
Dies coeptus pro completo habetur 355.
Dies interpellat pro homine 464.
Doli exceptio bonae fidei iudiciis inest 391[14].
Dolo facit, qui petit, quod redditurus est 521.
Duc aut dota 875[2].
Ecclesia vivit lege Romana 149.
Eisern Vieh stirbt nie 581[20].
Ex asse fit dupondium 1026.
Falsa causa non nocet 298.
Falsa demonstratio non nocet 1013.
Fiat iustitia, pereat mundus 21.
Fiscus semper solvendo est 237.
Graeca sunt, non leguntur 151.
Hand wahre Hand 741[9].
In dubio contra fiscum 238.
Inpossibilium nulla obligatio est 453.
In re obscura melius est favere repetitioni, quam adventicio lucro 372.
Invitus agere nemo cogitur 371.

Ipso iure compensatur 524.
Iura novit curia 381[8].
Iura ossibus inhaerent 32.
Iure suo uti nemo cogitur 371.
Iuris ignorantia nocet, facti non nocet 294.
Kauf bricht Miete 574.
Le mort saisit le vif 940.
Lex interpellat pro homine 464.
Lex posterior derogat priori 98.
Locus regit actum 306.
Mala fides superveniens non nocet 751.
Malitiis non est indulgendum 371.
Mater semper certa est, pater est, quem nuptiae demonstrant 897.
Melior est causa possidentis 372.
Minima non curat praetor 423.
Mulier taceat in ecclesia 285.
Nasciturus pro iam nato habetur 201.
Naturalia inesse praesumuntur, accidentalia specialiter probanda 274[4].
Negativa non sunt probanda 395[4].
Nemo cum duobus testamentis decedere potest 978.
Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet 265.
Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest 977.
Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest 684.
Nomina ipso iure sunt divisa 1004.
Noxa caput sequitur 669.
Nulli res sua servit 798.
Olim possessor, hodie possessor, semper possessor 751[17].
Omnis condemnatio pecuniaria est 468.
Onus probandi iucumbit ei qui dicit, non qui negat 395.
Periculum est emptoris 550.
Per liberam personam adquiri nobis non potest 337.
Petitorium absorbet possessorium 692[4].
Pignoris causa est indivisa 838.
Portio accrescit cum suo onere 1029.
Portio portioni accrescit 1028.
Positus in condicione non est positus in dispositione 1023.
Praedia vicina esse debent 799.
Praetor ius dicere potest, facere non potest 113.
Princeps legibus solutus est 85[3].
Protectio non involvit subiectionem 12[16].
Quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua 369.
Quae non sunt, simulo, quae sunt, ea dissimulantur 290.
Quantum possessum, tantum praescriptum 814.
Qui delegat, solvit 644[1].
Quidquid est in territorio, etiam est de territorio 32.
Quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit curia 150.
Qui excipit, non fatetur 395.
Qui suo iure utitur, nemini facit iniuriam 370.
Qui tacet, consentire videtur 304[1].
Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere 315.
Quod sine die debetur, statim debetur 452.
Quot generationes, tot gradus 221.
Ratihabitio mandato comparatur 346.
Recht muß doch Recht bleiben 21.
Res accessoria sequitur rem principalem 759.

Res iudicata ius facit inter partes 411.
Res iudicata pro veritate accipitur 411.
Res nullius cedit occupanti 765.
Resoluto iure dantis resolvitur ius concessum 265.
Res succedit in locum pretii et pretium in locum rei 246.
Salus publica suprema lex 7.
Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem 30[20].
Semel heres, semper heres 970.
Semper moram fur facere videtur 464.
Servitus fundo utilis esse debet 799.
Servitus in faciendo consistere nequit 797.
Servitus servitutis esse non potest 798.
Servitutibus civiliter utendum est 798.
Servitutis causa perpetua esse debet 799.
Species perit ei cui debetur, genus perire non censetur 434.
Spielſchulden ſind Ehrenſchulden 631[5].
Spoliatus ante omnia restituendus 704[22].
Subſtitution geht vor Accrescenz, Transmiſſion vor Subſtitution 1033.
Summum ius, summa iniuria 21.
Superficies solo cedit 757.
The king can do no wrong 9[14].
Totiens praescribitur actioni nondum natae, quotiens nativitas est in potestate creditoris 364[5].
Tres faciunt collegium 234.
Ubi rem meam invenio, ibi vindico 741[9].
Ultra posse nemo obligatur 453.
Utile non debet per inutile vitiari 314.
Vim vi repellere licet 374.
Viventis nulla hereditas 936.
Wer ſäet, der mähet 252.

II. Die wichtigsten Titel des Corpus Iuris Civilis.

I. Institutiones.

1,1 De iustitia et iure.
2,1 De rerum divisione.
3,6 De gradibus cognationis.
4,6 De actionibus.
4,18 De publicis iudiciis (letzter Titel).

II. Pandectae s. Digesta.

Pars I. *Πρῶτα* (Buch 1—4).

1,1 De iustitia et iure (de I. et I.).
1,2 De origine iuris (de O. I.).
1,3 De legibus.
1,4 De constitutionibus principum.
1,5 De statu hominum.
1,8 De divisione rerum et qualitate.
2,1 De iurisdictione.
2,14 De pactis.
2,15 De transactionibus.

3,1 De postulando.
3,2 De his qui notantur infamia.
3,3 De procuratoribus et defensoribus.
3,5 De negotiis gestis.
4,1 De in integrum restitutionibus.
4,2 Quod metus causa gestum erit.
4,3 De dolo malo.
4,4 De minoribus XXV annis.
4,9 Nautae, caupones, stabularii, ut recepta restituant.

Pars II. De Iudiciis (Buch 5—11).

5,1 De iudiciis (daher der Name dieser pars).
5,2 De inofficioso testamento.
5,3 De hereditatis petitione (de H.P.).
6,1 De rei vindicatione (de R.V.).
6,2 De Publiciana in rem actione.
7,1 De usufructu.
8,1 De servitutibus.
9,2 Ad legem Aquiliam.
9,3 De his qui effuderint vel deiecerint.
9,4 De noxalibus actionibus.
10,1 Finium regundorum.
10,2 Familiae erciscundae.
10,3 Communi dividundo.
10,4 Ad exhibendum.

Pars III. De Rebus Creditis (Buch 12—19).

12,1 De rebus creditis (daher der Name dieser pars; de R.C.).
12,6 De condictione indebiti.
12,7 De condictione sine causa.
13,6 Commodati vel contra.
13,7 De pigneraticia actione vel contra (Pfandrecht, persönliche Seite, vgl. 20,1).
14,1 De exercitoria actione.
14,2 De lege Rhodia de iactu.
14,6 De senatusconsulto Macedoniano.
15,1 De peculio.
15,3 De in rem verso.
16,1 Ad senatusconsultum Velleianum.
16,2 De compensationibus.
16,3 Depositi vel contra.
17,1 Mandati vel contra.
17,2 Pro socio.
18,1 De contrahenda emptione (Abschluß des Kaufs); de C. E.
18,6 De periculo et commodo rei venditae.
19,1 De actionibus empti et venditi (Erfüllung des Kaufs).
19,2 Locati conducti.
19,3 De aestimatoria.
19,4 De rerum permutatione.
19,5 De praescriptis verbis et in factum actionibus.

Pars IV. Umbilīcus (Buch 20—27)

(von ὀμφαλός, Nabel = Mitte des Werks).

20,1 De pignoribus et hypothecis (Pfandrecht, dingliche Seite, vgl. 13,7).
21,1 De aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris.

21,2 De evictionibus et duplae stipulatione.
22,1 De usuris et fructibus.
22,3 De probationibus et praesumtionibus.
23,2 De ritu nuptiarum.
23,3 De iure dotium (de I. D.)
23,5 De fundo dotali.
24,1 De donationibus inter virum et uxorem.
26,1 De tutelis.

Pars V. De Testamentis (Buch 28—36).

28,5 De heredibus instituendis.
29,2 De adquirenda vel omittenda hereditate (De A. v. O. H.).
30—32 De legatis et fideicommissis (I—III).
35,1 De condicionibus et demonstrationibus.
35,2 Ad legem Falcidiam.

Pars VI. (Buch 37—44).

37,1 De bonorum possessionibus.
39,1 De operis novi nuntiatione.
39,2 De damno infecto.
39,3 De aqua.
39,5 De donationibus.
39,6 De mortis causa donationibus et capionibus.
41,1 De adquirendo rerum dominio (de A.R.D.).
41,2 De adquirenda vel amittenda possessione (de A. v. A. P.).
41,3 De usurpationibus et usucapionibus.
41,4 Pro emptore.
42,1 De re iudicata.
42,8 Quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur.
43,1 De interdictis.
43,17 Uti possidetis.
43,24 Quod vi aut clam.
43,31 Utrubi.
44,1 De exceptionibus.
44,2 De exceptione rei iudicatae.
44,4 De doli mali et metus exceptione.
44,7 De obligationibus et actionibus.

Pars VII. (Buch 45—50).

45,1 De verborum obligationibus (de V.O.).
45,2 De duobus reis constituendis.
46,1 De fideiussoribus et mandatoribus.
46,2 De novationibus et delegationibus.
46,3 De solutionibus et liberationibus.
47,2 De furtis.
48,1 De iudiciis publicis.
49,1 De appellationibus et relationibus.
49,14 De iure fisci.

Anhang:

50,16 De verborum significatione (de V.S.).
50,17 De diversis regulis iuris antiqui (de R.I., letzter Titel).

III. Codex.

1,1 De summa trinitate et fide catholica.
1,17 De vetere iure enucleando (Const. Deo auctore und Tanta).
2,27 Si adversus venditionem (Auth. Frideric. „Sacramenta puberum", S. 424[8], zu l. 1).
4,1 De rebus creditis.
4,28 Ad senatusconsultum Macedonianum.
4,29 Ad senatusconsultum Velleianum (Auth. „Si qua mulier", S. 286, zu l. 22).
5,12 De iure dotium.
5,13 De rei uxoriae actione.
7,14 De ingenuis manumissis (l. 5 = Lex Diffamari, S. 379[3]).
7,33 De praescriptione longi temporis.
7,62 De appellationibus.
8,4 Unde vi (l. 9 = Iusiurandum Zenonianum, S. 449).
8,52 Quae sit longa consuetudo.
9,8 Ad legem Iuliam maiestatis (L. 5 = Lex Quisquis; S. 182[15]).
9,47 De poenis.

Register.

A.

A (absolvo) **68**, 193.
A (antiquo) 68.
A (Appendix) 134.
AA (Aulus Agerius) 167[1].
Abdicatio 76, (Tutel) 932.
Abgeleitete Einreden 369.
Abgeleiteter Besitz **675**[4], 751.
Erwerb 265.
Abholungsanspruch 646[2], **704**[20].
Ab hostibus redemptus 212.
Abnahmepflicht 555[6].
Abolitio 193.
Abortus 202.
Abrogatio 76.
Absetzung 76, (Tutel) 932.
Absicht 455[2].
Absolute Monarchie 9.
Absolute Rechte 36.
Absolutes Recht 26.
Absolut gemeines Recht 27.
Absolutio ab actione, instantia 393[1].
Abstammung, eheliche 897.
Abstrakte Rechtsgeschäfte **272**, 475[1], 642.
Abwesende (Vertrag) 318.
Acceptationstheorie 500[2].
Acceptilatio 477, **486**, 525.
Accessio **246**, 757.
cedit principali 247.
possessionis 695, (Ersitzung) 753.
Accessorische Rechte 247, (Abtretung) 530.
Accidentalia negotii 273.
Accrescenz 942, (Erbeinsetzung) 1027, (Vermächtnis) 1047.
Accursius 150.
Acquisitio (Eigentumserwerb) 736.
hereditatis 940, **979**.
per universitatem **267**, 869.
Acta diurna 70.
Actio 380[1].
ad exhibendum 645.
ad supplendam legitimam 1103.
adversus iudicem qui litem suam facit 667.
aquae pluviae arcendae 725.
arborum furtim caesarum **177**, 657, 661[10].
auctoritatis **555**, 732.
calumniae 666.
Calvisiana 1105[15].
commodati 584.
communi dividundo 388, **627**, 790.
conducti 575.
confessoria 817.
constitutoria 511[8].
contraria, directa 269, 385[6], **392**.
de aestimato 602.
de alienatione iudicii mutandi causa 667.

Actio de arboribus succisis **156**[2], 657.
de effusis vel deiectis 667.
de filiatione 898.
de in rem verso 340.
de mortuo illato 661[10].
de partu agnoscendo 898.
de pastu 669.
de paternitate negativa 898.
de pauperie 669.
de peculio 339.
de pecunia constituta 511[5].
depositi 521, **614**.
de posito vel suspenso 667.
de tigno iuncto 242[6], 646[2], 657, **758**.
de thesauro 646[3].
doli 178, **299**, 665.
empti 551.
exercitoria 340.
ex stipulatu 484[13], (dos) 882.
ex testamento 1063.
familiae erciscundae 388, 627, **1006**.
Faviana 1105[13].
finium regundorum 388, 627, **727**.
funeraria 612[9].
furti 176, **658**.
furti oblati 176[3].
furti prohibiti 176[9].
hypothecaria 840.
iniuriarum 175, 180, **664**.
institoria 340.
institutoria 536[2].
iudicati 416[6].
legati 1063.
legis Aquiliae 660.
litigiosa 255, **410**, 531.
locati 577.
mandati 607.
negatoria 782.
negotiorum gestorum 609.
noxalis 207, **668**.
oneris aversi 601[7].
Pauliana 665.
pigneraticia 831.
praescriptis verbis 489.
Actio prohibitoria 783[8].
pro socio 624.
Publiciana 784.
quanti minoris 558.
quasi Calvisiana 916[8], **1105**[13].
quasi Faviana 916[8], **1105**[13].
quod iussu 339.
quod metus causa 178, **802**.
rationibus distrahendis 657, 928.
recepticia 635[5].
redhibitoria 558.
rei uxoriae 883.
rerum amotarum 658.
rescissoria 426.
restitutoria 536[2].
sepulcri violati 661[10].
Serviana 385[7], 578, **827**, 840.
servi corrupti 661[10].
spolii 704[20].
stricti iuris 390.
suppletoria 1103.
tributoria 340.
tutelae 929.
vectigalis 794.
venditi 551.
viae receptae 727[13].
vi bonorum raptorum 177.
Actiones adiecticiae qualitatis 338.
annales 360.
arbitrariae 386.
civiles 382.
communi dividundo 388, **627**, 790.
duplices 388[13], 628.
ex contractu 389.
ex delicto 389.
famosae **226**, 386.
ficticiae 383.
honorariae 382.
in bonum et aequum conceptae 389.
in factum 385[4].
in factum, in ius conceptae 384.
in personam, rem 388.
in rem scriptae 389.

Actiones mere poenales **889**, 655.
mixtae **888**[12], 628, 655.
noxales 389, **668**.
perpetuae 361.
poenales **889**, 409[8], 654.
praescriptis verbis 385[4].
quasi ex contractu 389.
quasi ex delicto 389, **666**.
quod metus causa 389.
rei persequendae **889**, 409[8], 654.
simplices 388[12].
stricti iuris 390[14].
temporales 360.
vindictam spirantes 409[8], **655**.
vulgares 384[4].
Actioni nondum natae non praescribitur 362.
Actor 378.
Actore non probante reus absolvitur **895**, 772.
Actus 800.
Actus legitimi 323.
Ad condicionalia regula Catoniana non pertinet 1050.
Addictio 212, **783**.
Additionalſyſtem 1105.
Ademtio legati 1057.
Ädilen 79.
Ädiliziſche Klagen 79[5], **558**.
Ädiliziſches Edikt **116**, 557.
Aditio hereditatis 941, **979**.
Adiudicatio 167[1], **628**, 733, 1006.
Adminicula servitutis 802.
Administratio cum libera 344.
Adoptio 914.
ex tribus maribus 918[4].
minus plena, plena 918.
Adoption 917.
Adoptio naturam imitatur 914.
Adplumbatio 760.
Adpromissio 479[9], **633**.
Adquisitio ſ. Acquisitio.
Adstipulatio 479[9], **516**.
Adstipulator 660[9].
Adulterini 912.
Adversaria 484[14].
Adversus hostem aeterna auctoritas 744[5], **746**.
Advocati 192.
Aelius 157.
Aequitas 21, 160, **440**[1].
Aerarii 77, **216**.
Aerarium 87[1].
Aestimatio **263**.
taxationis, venditionis causa (dos) 876, (Pacht) 581.
Affectio maritalis 859.
Affektionsintereſſe **263**, 448.
Affektionswert 263.
Affinitas 221, (Ehehindernis) 863.
Affirmative Servituten 797[4].
Affirmatores 930.
Africanus 123.
Afterbürgſchaft 633.
Afterpfandrecht 837.
Aftervermietung 574.
Ager arcifinius, limitatus **81**[1], 256, 759.
Agere 118.
Agere non valenti non currit praescriptio 365.
Ager publicus 80, 99[4], 690[1].
Agnatio 160, **218**.
Agnatione postumi rumpitur testamentum 1020, 1087, **1097**.
Agnatus proximus 944.
Agnitio 985.
Agrargeſetzgebung 100[4].
Agrimensor 81, 460, **595**[8], 728.
Agri vectigales 794.
Ait praetor 116.
Akkordarbeit 597[8].
Akkreszenz ſ. Accreszenz.
Aktionenſyſtem 380.
Aktivlegitimation 393.
Album praetoris 113.
Alea **547**, 629[1].
Aleatoriſche Verträge 629[1].
Alienatio **266**, 747[9].
in fraudem creditorum 266.
Alieni iuris 219.
Alimente (uneheliche Kinder) 912, (Vergleich) 641.

Alimentenvermächtnis 1056.
Allgemeine Gütergemeinschaft 873[1].
Allgemeines Landrecht 39.
Allgemeines Recht 27.
Alluvio 758.
Altenteil 810.
Altenteilsvertrag 630[1].
Alter 276.
Altercatio 70, 192.
Alteri stipulari nemo potest 479[9].
Alternative Klagenkonkurrenz 539[4].
Alternatives Vermächtnis 1052.
Alternativobligation 435.
Alterum tantum 444.
Alveus derelictus 758.
Ambitus (Amtsvergehn) 179, (Zwischenraum) 718.
Amnestie 194[9].
A momento ad momentum 354.
Amortisationsgesetze 285[6], 715[10].
Amt 71.
Analogie 30.
Anatocismus coniunctus, separatus 445.
Anefangsklage 772[2].
Aneignung 765.
Anfangstermin 333.
Anfechtbarkeit 317, (Ehe) 862[7], 890[1].
Animus (Besitzwille) 684, (Rechtsbesitz) 705.
domini 674.
dominii transferendi et acquirendi 736.
donandi 566.
rem sibi habendi 675[4].
Annahme 318.
Annahme an Kindesstatt 914.
Annahmeverzug 466.
Anniculi causae probatio 902.
Anspruch 2, 378.
Anspruchsverjährung 360.
Anstalt 237.
Anstandsschenkungen 570[11].
Antestatus 153[1].
Antichresis tacita 843.
Antinomiae 135.
Antrag 318.
Anulus aureus 57.
Anwachsung s. Accrescenz.
Anwachsungstheorie 500[2].
Anweisung 643.
ist keine Zahlung 644[1].
Apocha 481[10], 518[7].
Apochae Pompeianae 105[6].
Apparatus 150.
Apparitores 75.
Appellation 196.
Appius Claudius 68, 118.
Applicatio 50.
Aquaeductus 800.
Aquae et ignis interdictio 215[5].
Aquae haustus 800.
Aqua pluvia 725.
Aquilius Gallus 119, 299, 1021.
Arbiter 617.
Arbitratus 386.
Arbitria 886.
Arbitrium boni viri 494.
de exhibendo, restituendo 386, 468.
Arcadius Charisius 125.
Argentarii 520.
Argumentum a contrario 30.
Aristokratie 8.
Arme Witwe 958.
Arnimparagraph 97[2].
Arra 501.
confirmatoria 501.
constitutiva 502[2].
poenalis 502.
poenitentialis 502.
sponsalicia 860.
Arrogatio 155, 915.
As 60[1], 942[6], 1025.
Ascendenten 220.
Ascendententestament 1082.
Assertor libertatis 205[2].
Assignatio 81.
Auctor 265.
Auctoratus 212.
Auctoritatis interpositio 278, 927.
Auditorium principis 89, 92.
Aufgebot 869[15].

Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft 893[6].
Auflage (Erbrecht) 975, (Schenkung) 570.
Auflassung 730[1].
Aufrechnung 519.
Auftrag 343[7], **604**.
Augen auf oder Beutel auf 558[5].
Augen für Geld 558[5].
Augustus 84.
Auseinandersetzung (Gemeinschaft) 628, (Miterben) 1005.
Ausführungsverordnung 15.
Ausgleichungspflicht 1007.
Ausländer 214[9].
Auslegung 29.
Auslegungsregeln 309, (Testament) 1012.
Auslobung 603.
Ausscheidungstheorie 434[8].
Ausschlagung (Erbschaft) 983.
Ausschlagungsfrist 983.
Außerordentliche Ersitzung 756.
Außerordentliche Testamentsformen 1081.
Äußerungstheorie 308.
Ausstattung (Kollation) 1009[5].
Aussteuer 874.
Ausübung der Rechte 370.
Ausweisung 215[9].
Auszug 810.
Auszugsvertrag 630[1].
Authentica 145[1].
Hoc ius porrectum 515[3].
Hoc nisi 515[2].
Sacramenta puberum 424[8].
Si qua mulier 146[1], **286**.
Authenticae Fridericianae 146[1].
Authenticum 145.
Authentische Interpretation 29.
Avulsio 758.
Azo 150.

B.

Bail à cheptel 581[20].
Baldus 151.
Banknoten 260[7].
Barattohandel 563.
Bartolus 151.
Basiliken 148.
Baum auf der Grenze 729.
Beamte **71**, 87, 92.
Beati possidentes 372, **674**.
Bedingte Verurteilung 23[28].
Bedingung 320, (Erbeinsetzung) 1013.
affirmative, negative 326.
auflösende, auflösende 326.
notwendige, unmögliche 322.
perplexe 325.
unerlaubte, unsittliche 324.
unnütze 325.
willkürliche, zufällige 325.
Befristung 332.
Beglaubigung 308.
Begnadigung 193[9].
Behörde 71.
Beklagter 378.
Beneficia muliebria 285.
Beneficium abstinendi 941, **980**.
cedendarum actionum 544, (Bürgschaft) 635, **639**, (Pfand) 842.
competentiae 469.
dationis in solutum 515[3].
divisionis 635, (Bürgschaft) 635, **639**.
excussionis personalis (Bürgschaft) 635, **638**, (Pfand) 842.
excussionis realis 638[10], **842**.
inventarii 992.
separationis 994, 941, **981**.
Benefizialerbe 992.
Bereicherung, ungerechtfertigte 647.
Berliner Fragmente 127.
Berliner Testament **1071**[4], 1091[27].
Berufungsgründe (Erbrecht) 937, (Vormund) 921.
Bes 60[1].
Besitz 673.
diener 676[5].
erwerb 681.
fehler 677.
juristischer 674.
schutz 689.
störung 694.

Besitztitel 677.
verlust 687.
wille 684.
Bestandteile (Rechtsgeschäfte) 273, (Sachen) 242.
Bestärkung der Verträge 501.
Bestätigung 316.
Bestimmbarkeit 494, (Kaufpreis) 548.
Betrug 297.
Beurkundung 307[6].
Beweggrund 271[8], (Testament) 1016.
Bewegliche Sachen 256.
Bewegliche Zeit 352.
Beweislast 395.
accidentalia 273.
Angemessenheit 273[6].
Bedingung 273[5], 827.
Befristung 274[6].
Darlehen 592.
Erfüllung 509.
Erbschaftsanspruch 1002.
Ersitzung 750.
Gewährleistung 559[5].
Kaufpreis 548[9].
negatoria 783.
Unvordenklichkeit 360.
Beweismittel 395[2].
Bienen 767.
Billiges Ermessen 494.
Billigkeitsrecht 21.
Bimetallismus 259.
Bis de eadem re ne sit actio 405, 411.
Bissextum 351.
Blankettgesetz 16.
Blindentestament 1081.
Bologneser Schule 149.
Bodmerei 593[14].
Bona adventicia 220.
irregularia, regularia 907.
Bonae fidei contractus 270.
iudicium 391[14].
Bonae fidei possessio 710[1a].
possessor 678, (Eigentumsanspruch) 776, (Erbschaft) 1000.
Bona fide servire 205[2].
Bona fides (Ersitzung) 750, (Treu und Glauben) 392.
Bona materna, materni generis 907.
Bona vacantia 960.
Bonitarisches Eigentum 713.
Bonität 533.
Bonorum possessio 383, 988.
ab intestato 945.
contra tabulas 938, 1098.
cum re 947.
decretalis 946, 989.
edictalis 946.
ex edicto Carboniano 990.
furiosi nomine 990.
quibus ex legibus 949.
secundum tabulas 938, 989.
sine re 947.
Brachylogus iuris civilis 149.
Brautgeschenke 860.
Breviarium Alaricianum 129.
Brevi manu traditio (Besitz) 683, (Eigentumserwerb) 739.
Bundesstaat 14.
Bürgerliches Recht 24.
Bürgerrecht 230.
Bürgschaft 631.
selbstschuldnerische 632.
Byzantinismus 91.

C

(siehe auch K).

C (condemno) 68, 193.
C (dies comitialis) 66.
Caducum 939, 1029[18].
Caelibes 103[5], 939.
Caesar 116.
Calata comitia 64, (Arrogation) 915[2], (Testament) 1077.
Calendarium 485[14].
Calumnia 194, 226[3], 1085.
Candidatus 72.
Canon Redintegranda 704[23].
Saepe 704[23].
Capacitas 103[5], 939.
Capitis diminutio maxima 204.
media 214.

Capitis diminutio minima **222**, 425, 473, 869, 916.
Capito 122.
Caput civis 204.
ex mandatis 109, **1088**[164].
Carbonianum edictum 990.
Carfania 286[12].
Carpzovſche Methode 453[8].
Carta 105[6].
Cassiodorus 117[1].
Cassius 123.
Casum sentit dominus 446.
Cäſur des Verfahrens 166.
Casus 458.
a nullo praestantur 446.
merus, mixtus 461.
Cato 118.
Catoniana regula **815**, 1050, 1086.
Caupo **619**, 668.
Causa 270[2], (Klagegrund) 369, (Schuldgrund) 642, (Verurſachung) 447, (Zweck) 650.
Curiana 1037[27].
debendi 159.
expressa, superveniens 413.
impulsiva 975[14].
Causae civiles 161[7].
favorabiles 309, (Dos) 309, **874**, (Freiheit) 204, (Teſtament) 1014.
probatio erroris, per anniculum 217[10], **902**.
Cautela Socini 1102.
Cautio (Darlehen) 592, (Sicherung) 420, (Urkunde) **105**[6], 428[3].
damni infecti 421, **719**.
discreta, indiscreta 478.
fideiussoria 421.
iuratoria 422.
iudicatum solvi 781.
Muciana 326, 1015.
pigneraticia 421.
usuaria 810.
usufructuaria 807.
Cautiones 420.
Cavere 118.
aut carere 720.
Celsus 122.
Censor 77.
Centesimae usurae 443.
Centumviralgericht **999**[5], 1098.
Centuriae praerogativae 68.
Centurien 59.
Certa res, certa pecunia 821[1].
Certioratio (Abtretung) 529, (Interzeſſion) 287[13].
Certum esse debet consilium testantis 1011[3], 1019.
Cessat SC. 590.
Cessio ad potentiorem 531.
bonorum 470.
legis 530.
necessaria 530.
voluntaria 529.
Ceſſion 526.
Chikane **870**, 717.
Chirographum 105[6].
Citiergeſetz 126.
Cives 214.
Civilis possessio 678.
Civilkomputation 353.
Civilprozeß 165.
Classicus 60, (Beerbung) 1019.
Clausula ceterata 966[5].
generalis 425.
rebus sic stantibus 498[8], **509**[5], 586[1].
Codex accepti et expensi 159, 485.
Gregorianus 111.
Hermogenianus 111.
Iustinianeus 139.
rationum domesticarum 485[14].
repetitae praelectionis 139.
Theodosianus 111.
vetus 132.
Codicilli ab intestato, testamentarii 965.
confirmati 965.
nuncupativi 966.
Codicillus **965**, 1084.
Coemtio 867.
Coercitio **74**, 186.
Cognatio 160, **220**.

Cognatio spiritualis 864[10].
Coheredes 936, **1006**.
Collatio 128.
bonorum 1007.
Collationes 146.
Collegium 232.
Colonatus 212.
Coloniae 81.
Colonia partiaria 580.
Colonus 572[2].
Comitia 59.
calata 64, (Arrogation) 915[2], (Teſtament) 1077.
centuriata 59.
curiata 59.
tributa 62.
Commercium 153, 215.
Commissio 267.
Commixtio 762.
Commodatum 582.
Commodum eius esse debet, cuius periculum est 550.
Communi dividundo 388, **627**, 790.
Compensatio compensationis non datur 525.
lucri cum damno 449.
Comperendinatio 193.
Compositio 175.
Compossessio 680.
Compromissum 618[8].
Computatio civilis, naturalis 279, **854**.
Concilia plebis 64.
Concubinatus 103[4], **859**[2].
Concursu fiunt partes 789[3], **942**[7].
Concursus duarum causarum lucrativarum **506**, 1059.
Condemnatio 167[1].
pecuniaria 387, 411, **468**.
Condicio casualis 325.
deficit 328.
derisoria 325.
existit 328.
impossibilis, necessaria 322.
in praesens, praeteritum collata 322.
Condicio iuris 322.
iurisiurandi **325**[7], 1014.
mixta 325.
pendet 328.
tacita 321.
Condicionis implendae causa 974.
Condictio **890**[14], 648[14].
causa data causa non secuta 652.
causa finita 653.
certi, incerti 591.
de bene depensis 588.
ex lege 568.
furtiva 649[2], **659**.
indebiti 650.
Iuventiana **295**[4], 589, 653.
ob causam datorum 652.
ob rem 652.
possessionis 649[2], **702**[19].
sine causa 650, **653**.
triticaria 591.
Conducere 572[2].
Confarreatio 867.
Confessus pro iudicato habetur 158.
Confideiussores 638.
Confirmatio 316[4].
iuris Germanici 925[6].
Confusio (Erbrecht) 991, (Pfandrecht) 857, (Servituten) 816.
Coniunctio (Erbeinſetzung) 1026, (Legat) 1047.
Connubium 153, **215**, 861.
Consanguinei 219.
Consensus curatoris **279**, 920[2].
facit nuptias 868.
Consistorium 92.
Consolidatio (Erbrecht) 991, (Pfandrecht) 857, (Servituten) 816.
Constitutio Claudii 906[4].
Cordi 139.
Δέδωκεν 135.
Deo auctore 133.
Haec quae necessario 132.
Imperatoriam maiestatem 138.

Constitutio Omnem rei publicae 141.
Raynaldus, Raynutius 1067[27].
Rutiliana 745[6].
Summa rei publicae 132.
Tanta 134.
Constitutiones principum 108.
Sirmondi 112.
Constitutum debiti 491, **511**[8], 635.
possessorium (Beſitz) 683, (Eigentum) 740.
Consuetudo revertendi 767.
Consul 51.
Consulares 89.
Consultatio 128.
Contiones 59.
Contractus 269, **480**.
aestimatorius 489, **602**.
bilaterales 390, **496**.
mohatrae 588.
pignoraticius 828.
socidae 581[20].
suffragii 595.
unilaterales 390.
Contra legem 18.
Controversia de fine, loco 728.
de possessione 694[10].
Contubernium 862.
Contutores 927.
Conventio in manum mariti 861.
Corpus (Beſitz) 681, (Rechtsbeſitz) 705.
iuris canonici 38.
iuris civilis 38, **142**.
Correi credendi, debendi 538.
Creditor 428.
Cretio 981.
certorum dierum 981.
imperfecta, perfecta 981.
vulgaris 981.
Crimen 168[1].
expilatae hereditatis 183, 657, **988**.
laesae maiestatis 179.
suspecti 932.
Crimina extraordinaria 183.
Cruces iuris consultorum 135.
Culpa 169, **455**.
in abstracto, concreto 456.
in contrahendo 492[21].
lata 456.
levis 456.
Cum compensatione, deductione agere 520.
Cura 921, **988**.
bonorum **279**, 921.
debilium personarum **281**, 921.
furiosi **282**, 921.
minorum **279**, 921.
prodigi **282**, 921.
ventris 201.
Curator 279, **921**.
Curia 49.

D.

Da mihi factum, dabo tibi ius 381[3].
Damnas esto (Legat) 1041, (nexum) 154.
Damnationslegat 1041.
Damnum 168[1], **445**.
circa, extra rem 445.
emergens 445.
infectum 719.
iniuria datum 660.
Dando, liberando, promittendo 566[7].
Dare 432.
Dare damnas esto 154.
Darleihen 586.
Darleihnsfähigkeit 589.
Datio in solutum 515.
Debitor cessus 528.
Debitum legatum 1055.
Decem personae 962.
Decretum 109.
Divi Marci 376.
Tametsi 868[15].
Decunx 60[1].
Decuriones 82.
Deductio servitutis 811.
Deducto aere alieno 469, **569**.
Defloration 448[14].

Degustatio 561[1].
Deiectio 701.
Deklaratorische Wirkung 416.
Delationsgründe (Erbrecht) 937, (Vormund) 921.
Delegation 513.
Deliberationsfrist 983.
Delictum 168[1].
privatum 177.
publicum 174.
Delikte 264, 654.
Deliktsfähigkeit 278.
klagen 389.
obligationen 654.
Demokratie 8.
Demonstratio 167[1].
Denuntiatio 528.
Deportatio 215[9].
Depositio 519.
Depositum 613.
irregulare 587[5], 616.
miserabile 615.
Derivativer Besitz 675[4], (Ersitzung) 751.
Eigentumserwerb 735.
Erwerb 265.
Derogatorische Klausel 964.
Kraft d. Gewohnheitsr. 78[20].
Der Tote erbt den Lebendigen 940.
Descendenten 220.
Detentor 674.
Detestatio sacrorum 915[2].
Deunx 60[1].
Dextans 60[1].
Dezemvirn 53.
Dicis causa 212, (Eheschließung) 868[14].
Dicta et promissa 556.
Gratiani 134.
Dictator 76.
Diebstahl 175.
Diei adiectio pro reo est non pro stipulatore 452[4].
Dienstbarkeiten 796.
Dienstvertrag 593.
Dies 332.
cedit, venit 333.
certus, incertus 332.
Dies coeptus pro completo habetur 355.
fasti, intercisi, nefasti 66, 349.
legati cedit, venit 1060.
interpellat pro homine 464.
Diffareatio 891.
Differenzgeschäft 629[1].
Digesta 117[2], 133.
Digestum novum, vetus 144.
Diligens pater familias 456.
Diligentia quam suis 456.
Dinglicher Vertrag 474[1].
Dingliches Recht 35.
Dingliches Vorkaufsrecht 819.
Dio Cassius 117[1].
Diptychae 105[6].
Disiunctim 1048.
Diskonto 453.
Dispache 603[9].
Dispositionsnießbrauch 804[4], 907[5a].
Dispositionsurkunde 645.
Dissensus 293.
Dissociation 625.
Distanzgeschäft 740.
Distributivberechnung 1101[8].
Divinatio 190.
Divisio parentum inter liberos 1082[16].
Divortium 890.
Dodrans 60[1].
Doktrinelle Interpretation 29.
Doli exceptio bonae fidei iudiciis inest 391[16], 400[4].
Dolo facit qui petit quod redditurus est 521.
Dolus 169[8], 297, 455, 665, 1017.
causam dans, incidens 300[4].
determinatus, indeterminatus 455.
Domicilium derivativum, necessarium, voluntarium 231.
Dominium 708.
directum, utile 711[2] 791.
ex iure Quiritium 711.
pendens, quiescens, dormiens 714.
plurium in solidum 710.

Donatio inter virum et uxorem **571**, 872.
mortis causa 571, **972**.
propter nuptias 888.
sub modo 570.
Doppelwährung 259.
Dos 874.
adventicia 875.
necessaria 875.
praelegata, relegata 1055.
profecticia 875.
recepticia 875.
taxationis, venditionis causa aestimata 876.
voluntaria 875.
Dosithei magistri interpretamenta 127.
Dotalprivilegien 851[4].
recht 873[1].
versprechen 877.
vertrag 878.
Dotationspflicht 874.
Dotis dictio 477[4], **877**.
promissio 877.
Do ut des 488.
Do ut reddas aut rem aut aestimationem 489, **602**.
Draufgabe 501.
Drohung 300, (Testament) 1017.
Duc aut dota 30[20], 448[14], **875**[3].
Duchesneparagraph 97[2].
Duplae stipulatio 555.
Duplex dominium 713.
interpretatio 143.
Duplik 396.
Dupondii 140.
Durantis 151.
Duumviri perduellionis **49**, 187.

E.

E (Ediktsmasse) 115, **184**.
Eadem res, eadem quaestio 413.
Ecclesia vivit lege Romana 149.
Edikt 113.
Edicta 108.
magistratuum 113.
Edictales 141.
Edictum Carbonianum 990.
de alterutro 883.
de pretiis rerum venalium 549.
Diocletiani 111.
perpetuum 113.
repentinum 113.
Theodorici 129.
tralaticium 114.
Edition 646.
Ehe 858.
frau 287, **869**, (Interzession) 286.
güterrecht 872.
hindernisse 861.
Eheliche Abstammung 897.
scheidung 890.
schließung (Form) 866, (Voraussetzungen) 861, (Wirkung) 869.
vertrag 873[1].
zur linken Hand 859[3].
Ehre 224.
Ehrenminderung 225.
Ei confertur cui aufertur 1008[3].
Eid (Bestärkungsmittel) 501[1], (Kaution) 422.
Eigenbesitzer 674.
Eigengewässer 4.
Eigenmacht, verbotene 375[1], 677[7], **692**.
Eigentum 708.
ruhendes 715.
schwebendes 714.
widerrufliches 715.
Eigentümerhypothek 852[6], 857[6].
Eigentumsbeschränkungen 710, **717**.
erwerb 729, (Kauf) 551.
Eigentumsklage 770.
Einheitssache 241.
theorie 539[4].
Einigung **818**[1], 475[1], 730[1].
Einlassungspflicht 404.
Einrede (Teilung) **543**, 639.
(Theorie) 274[5].
(Verjährung) 369.

Einrede (Vorausklage) 638.
Einreden 394, (privilegierte) 417[6], (selbständige) 369, 402.
Einstweilige Verfügung (Bau) 723[8], (Besitz) 700[16].
Einwendungen 394.
Eisern Vieh stirbt nie 581[20].
Ἐκλογὴ τῶν νόμων 148.
Elastizität des Eigentums 710.
Elektive Klagenkonkurrenz 539[4].
Elterliche Gewalt 909[6].
Emancipatio 910.
  Anastasiana 911.
  Iustinianea 911.
  per rescriptum principis 911.
  Saxonica 911[7].
  tacita 911[7].
Emanzipatenkollation 1007.
Emanzipation (Frauen) **223**, 224[1], (Hauskinder) 910, (Juden) 229[6].
Emanzipierte (Beerbung) 962.
Emblemata Triboniani 134.
Empfangstheorie 308.
Empfängniszeit 897[2].
Emphyteuse 793.
Emptio ad gustum 561.
  per aversionem **550**[12], 562[2].
  perfecta 550[12].
  rei speratae **547**, 629[1].
  spei **547**, 629[1].
  venditio 546.
Encyklopädie 1[1].
Endtermin 334.
Enteignung 718[2].
Enterbung 1095, (in guter Absicht) 1102.
Entgangener Gewinn 445.
Entmündigung 282[6].
Entscheidungsgründe 414[2].
Entwehrung (dos) 881, (Erbteilung) 1007, (Kauf) 552.
Ephemeris 484[14].
Epistola 117[2].
Epistola Hadriani 110.
Epitome Iuliani 145.
Erbbaurecht 791.
Erbeinsetzung 1018.
Erbenhaftung 991.
Erbfähigkeit 938.
  fall 935.
  folge (gesetzliche) 943, (gewillkürte) 963, 1011.
  folgeordnung 944.
  lasser 935.
Erbloser Nachlaß 960.
Erbpacht 794.
Erbrechtsgrenze 949.
Erbschaftsanspruch 997.
  erwerb 979.
  kauf 534[2], **1112**.
  steuer 87[1], 989[10].
  vermächtnis 970, **1069**.
  vertrag 1093.
Erbschein 1111.
  teil 936, **1006**.
  teilung 1003.
  unwürdigkeit 939[4], **1108**.
  vertrag 1092.
  verzicht 1092, **1111**.
Erfüllung 506, **515**.
Erfüllungsort 450.
  zeit 452.
Erlaß 525.
Ernstlichkeit 291.
Eröffnung des Testaments 1089.
Erogator 977[16].
Error concomitans 293.
Error essentialis 293.
  facti, iuris **293**, 650[4].
  probabilis 293.
Erroris causae probatio 217[20], **902**.
Errungenschaftsgemeinschaft 621[5], **878**.
Ersatzerbe 1031.
Ersitzung 742.
  außerordentliche 756.
  (Servituten) 814.
Ersitzungsfähigkeit 747.
Erwerb 265.
Erwerbsgemeinschaft 621.
  unfähigkeit 939.
Erziehungsrecht 900.
Evictio imminens 554[2].
Eviktion (dos) 881, (Erbteilung) 1007, (Kauf) 552.

Ἑξάβιβλος 148.
Ἑξακοντάβιβλον 148.
Examen (Bienen) 768.
Examen (jur.) 41[3].
Exarchat 91[1].
Ex asse fit dupondium 140[1], **1026.**
Exceptio 397.
de iure tertii 401.
doli 297, 391[14], **399[6].**
doli bonae fidei iudiciis inest **391[14]**, 400[6].
dominii 691.
legis Cinciae 567.
litis pendentis 406.
mali processus 553[2].
non adimpleti contractus **496**, 559[5].
non numeratae dotis 879[4].
non numeratae pecuniae 481.
non rite adimpleti contractus **496[1]**, 559[5].
plurium 913[2].
plurium litis consortium 538.
quod praeiudicium hereditati non fiat 999.
quod vi aut clam 724.
rei in iudicium deductae 405.
rei iudicatae 411.
rei venditae et traditae 161, **347[1]**, 712, 778.
SC. Macedoniani 107, 219, 287, 417[4], **589.**
SC. Velleiani 107, **286**, 417[4].
spolii 704[28].
sub- et obreptionis 109.
vitiosae possessionis 696.
Exceptiones civiles, honorariae 401.
in personam, rem 401.
iuris, facti 400[7].
peremptoriae, perpetuae 402.
personae, rei cohaerentes 401.
Excusatio voluntaria 926.
necessaria 926.
Exercitor navis 340.
Exheredatio 1095, (bona mente) 1102.
Exhibere 386, **645.**
Exhibition **645.**
Ex nunc, tunc 267.
Expensilatio 485.
Expromission 513.
Extensive Interpretation 30.
Exterritoriale 33.
Extraordinaria cognitio 168.

F.

Facere 432.
Facio ut facias 488.
Facultas alternativa 435.
Fahrläſſigkeit 455.
grobe 456.
Fahrläſſigkeitsdelikte 169, **656.**
Falcidiſche Quart 1065.
Fälligkeit 452.
Falsa causa non nocet 271[4], (Erbeinſetzung) 1016.
Falsa demonstratio non nocet **1018**, 1016.
Falsus procurator 344.
tutor 666, 932.
Familia 61[4].
Familiae emptor 1077.
erciscundae actio 388, **1004.**
Familie 218.
Familienfideikommiß 1046[4].
name 899.
rat 932[18].
recht 858.
Feiertag 356[4].
Feindesſachen 768.
Feldbienſtbarkeiten 800.
Feldmeſſer 81, 460, **595[2]**, 728.
Ferruminatio 760.
Feſtſtellungsklage 379[3].
Festus 117[1].
Fetiales 49.
Fiat justitia, pereat mundus 21.
Fictio legis Corneliae 205[1], **1075.**
Fictus possessor (Eigentumsanſpruch) 773, (Erbſchaftsanſpruch) 999.

Fideicommissum a debitore relictum 500.
eius quod supererit 1033[21], **1071.**
familiae relictum 1046.
heredi praesenti iniunctum 1085.
Fideiussio 631.
indemnitatis 632.
Fideikommiß **968.**
Fideikommissar 1032[21].
Fideikommissarische Substitution 1031.
Fideikommiß auf den Überrest 1033[21], **1071.**
Fideipromissio 633.
Fides (Ersitzung) 750, (Treu und Glauben) 392.
Fiducia 158, **825.**
Fiduziar 1032[21].
Fiduziarische Geschäfte 291[4].
Fiktion 384.
Fiktionstheorie 232[1].
Filius familias 219, **901.**
Finderlohn 769.
Finis 727.
Finium regundorum 388, **727.**
Fiscus semper habet ius pignoris **237,** 834.
semper solvendo est 237, **421.**
Fiskus 87, **236.**
Flamines 49.
Flavius 157.
Florentina 144.
Flumen quod perenne est 255[3].
Flurbuch 93[4]
Flüsse 255[3], (öffentliche) 718.
Foenus nauticum 592.
Forderungsrecht 429.
Forderungsvermächtnis 1054.
Forense 32.
Form (Willenserklärung) 305.
Forma 110.
Formelles Noterbrecht 1094.
Formula 167.
Octaviana **302,** 389.
petitoria 781.
Formularverfahren 166.
Forum domicilii 231.
hereditatis 1002[3].
originis 231.
Fragmenta de iure fisci 127.
Vaticana 128.
Fragmentum Atestinum 104.
Frankensteinsche Klausel 97[3].
Frankoniafall 4[5].
Frauen 223, (Erbeinsetzung) 1019, (Geschäftsfähigkeit) 283.
Frauenemanzipation 224[1], **283.**
Fraus 297.
Freie Ehe 866.
Freigelassene (Beerbung) 961, (Rechtsstellung) 210.
Freilassung 208.
Freizügigkeit 213.
Fremde Sache (Verkauf) 548, (Vermächtnis) 1051, (Verpfändung) 830.
Frist 348.
Frucht 249.
Früchte auf dem Halm 253, (Erwerb) 763, (Pfandrecht) 835.
Fruchterwerb 763, (Nießbraucher) 806, (Pächter) 581.
Fructuarius 804[3].
Fructus consumpti, exstantes 252.
consumptos suos facit **764,** 776.
licitatio 699.
naturales, civiles 250.
stantes, pendentes 251, (Kauf) 547, **763,** (Pfandrecht) 835.
percepti, percipiendi 251, 776.
Fund 769.
Fundus dotalis 880.
instructus 581.
optimus maximus **554[3],** 803[3].
Fungibilien 257[3].
Fur manifestus, nec manifestus 212.
Furiosus 282.
Furtum 157, **656.**
conceptum 176[3].

Furtum lance et licio conceptum 176⁹, 658.
manifestum 176, 657.
possessionis, rei, usus 656⁵.

G.

Gaii Institutiones 126.
Gaius 123.
Garantie 606.
Gattungsschuld 435.
vermächtnis 1053.
Gebäudedienstbarkeiten 801.
steuerrolle 93⁴.
Gebrauchswert 263.
Gefahr 436, (Dienstvertrag) 596, (Kauf) 550, (Miete) 576, (Werkvertrag) 600.
Gefährdeeid 1085.
Gegenrechte 394.
Gegenseitiger Vertrag 496.
Gegenseitigkeit 214⁸.
Gegenvormund 931¹⁵.
Gehülfe (Dienstvertrag) 596, (Haftung) 461, (Werkvertrag) 597.
Geisteskrankheit 282.
Geld 258.
schulden 435.
Gellius 117¹.
Gemeinden 238.
Gemeindewaisenrat 924⁷.
Gemeines Recht 27.
Gemeinheit 233².
Gemeinschaftliches Testament 1090.
Gemeinschaft zur gesamten Hand 262⁹, 233², 588, 625¹², (Miteigentum) 788, (Miterben) 1005¹.
Gemischt-generische Obligationen 433⁸.
Generalpfandrecht 834.
Generalvollmacht 344.
Gens 50.
Genus 257.
Genus perire non censetur 434.
Gerechtigkeiten 798.
Gerichtsbarkeit 377.
freiwillige, streitige 24.
Gerichtsbarkeit, geistliche 377¹.
Gerichtsstand 231.
verfassung 24.
Geringstes Gebot 853⁸.
Germani 219.
Gesamte Hand 262⁹, 233², 588, 625¹², (Miteigentum) 788, (Miterben) 1005¹.
Gesamtnachfolge 286, (Erbfolge) 942.
forderung 538.
schuld 538.
Geschäftsfähigkeit 274, (beschränkte) 280⁸.
Geschäftsführung ohne Auftrag 608.
Geschäftsirrtum 292.
Geschlecht 223, (Geschäftsfähigkeit) 283.
Gesellschaft 620.
Gesetz 15.
Gesetzesanalogie 31, 143.
befehl 16.
Gesetzliche Vermutung siehe praesumptio.
Gesetzlicher Vertreter 342.
Gesetzliches Güterrecht 873¹.
Gesetzliches Pfandrecht 833, (Miete) 577, (Pacht) 580.
Geständnis 396.
Gestio pro herede 982.
Gestum 268.
Gesundheit 281.
Gewagte Verträge 629¹.
Gewährleistung 556.
Gewährleistungsfristen 559⁵.
Gewalt, höhere 458.
väterliche 901.
Gewere 705¹.
Gewohnheitsrecht 17.
Gläubiger 428.
verzug 466.
Glebae adscripti 212.
Glossa ordinaria 150.
Gloſſe 150.
Glücksspiel 630.
Goldwährung 260⁷.
Gracchen 99⁴.

Grad 221.
Graeca sunt, non leguntur 151.
Granius Flaccus 100.
Gregorianischer Kalender 350[1].
Grenzabmarkung 728[16].
  bauten 729.
  ermittlung 729[16].
  mauer 726, **729**.
  verhältnisse 727.
Großjährigkeit 278, 280[8].
Grotius 4[5].
Grundbuch 709[1].
  dienstbarkeit 798.
  schuld 822.
  steuermutterrolle 93[4].
Gütergemeinschaft 620, **878**[1].
Guter Glaube (Besitzerwerb) 710[18], (Eigentumsanspruch) 776, (Erbschaftsbes.) 1000, (Ersitzung) 750.

H.

Habere licere praestare 553.
Habitatio 810.
Hades 323.
Haeretici 229.
Haftung (Entwehrung) 552, (Erbe) 991, (Schuldverhältnisse) 439.
Halbsouveränität 11[16].
Handgeld 501.
  geschenk 566.
Handkauf 551[14].
Handlung 264.
Handlungen, unerlaubte 654.
Handlungsfähigkeit 274.
Handschriften 143.
Hand wahre Hand **741**[9], 772[2].
Hauptmängel 559[5].
  sache 246.
Hauskinder 287, **901**, (Beerbung) 961, (Fahrlehnsfähigkeit) 589.
Haustiere (Aneignung) 766, (Schaden) 669.
Haverei 603[9].
Hemmung (Ersitzung) 754, (Verjährung) 365.
Herausgabeanspruch 684[13].
Heredes necessarii 941, **980**.
Hereditas iacens 239[11], **988**.
  vendita 1112.
Hereditatis petitio 997.
  fideicommissoria 999.
  possessoria 999.
Heres 934.
  ex asse 60[1], **942**[6], 1025.
  ex re certa 1024.
  fideicommissarius 1032[21].
  fiduciarius 1032[21].
Hermaphroditus 223.
Hermeneutik 29.
Hermogenianus 125.
Heuer geht vor Kauf 575[7].
Hinterlegung 420[1], **518**.
Historische Schule 20.
Höchstpersönliche Rechte 371, (Dienstbarkeiten) 803, (Vererbung) 943.
Hochverrat **49**, 173.
Hodegetik 1[1].
Hoffmannsche Methode 453[6].
Hoheitsrechte 20.
Höhere Gewalt 458.
Holographisches Testament 1080[10], 1081[11].
Homicidium 174.
Homo novus 56.
Honorarium 163, **594**.
Honorierter 967, **1042**.
HS (Sestertius) 60[1].
Hugo 150.
Hyperocha 846.
Hypothek 822[1].
Hypotheca 826.
Hypothekarische Succession 854.
Hypothetische Unmöglichkeit 493.

J.

Iacobus 150.
Iactus missilium 740.
Jahr 349.
Iavolenus Priscus 123.
Iden 351[14].
Ignominia 225.
Ignorantia 293.
Ignoranti non adquiritur possessio 685[18].

Illegitimitätsklage 898.
Illustres 92.
Imaginaria solutio 507[7].
venditio 157.
vindicatio 159.
Imagines 56.
Immaterieller Schaden 448[16].
Immaterielles Güterrecht 35.
Immission 719.
Immobilien 256.
Impedimenta matrimonii 862.
dirimentia, impedientia 862[7].
Impensae necessariae, utiles, voluptuariae (Dos) 886, (Eigentumskl.) 777, (Erbschaftskl.) 1001.
Imperium 73.
Impetratio dominii 845.
Implantatio 758.
Imploratio officii iudicis 417[6].
Imponderabilien 719.
Impossibilium nulla obligatio **310**, 453.
Improbi intestabilesque 227.
Impubes 276.
Inaedificatio 757.
Inauguratio 48.
Incapacitas 103[5], **989**.
In causa caduci 1029[16].
Incerta persona 1019.
Incestuosi 912.
Incolae 230.
Index Florentinus 134.
reginae 146.
In diem addictio 327, **505**.
Indigenat 32.
Indignitas 939[4], **1108**.
In dubio contra fiscum 238.
Infamia 225.
facti 227.
immediata 225.
iuris 225.
mediata 225.
Infans 276.
Infra classem 60[2].
In fraudem creditorum 266.
legis 291[4].
Infortiatum 144.
Inhaberpapiere 644.
In integrum restitutio 279, **423**, (Erbschaftsantritt) 992[2].
In iure cessio **158**, 733, (hereditatis) 1112.
Iniuria 175, 664.
Iniusta possessio 677.
Inkompatibilität 73[3].
Inländer 32.
Innominatkontrakte 161, **488**.
Inoffiziositätssystem 1106.
Inquilinus 572[3].
In rem versio 850.
Inscriptio 190.
Insinuation **308**, 567.
Institor 340.
Institutionen 199.
Institutiones 117[2], 137.
Instrumentum 581.
Insula (Haus) **575**[7], 718.
Insula in flumine nata 759.
Intentio 167[1].
Intentio in personam, rem 388[12].
Intercessio tacita 631[3].
Interdictio aquae et ignis 181.
Interdicta adipiscendae possessionis 694[3].
recuperandae possessionis 693.
retinendae possessionis **693**.
Interdictum de aqua 706.
clandestina possessione 702[20].
cloacis 707.
fonte 707.
fonte reficiendo 707.
glande legenda 726.
itinere actuque privato 706.
liberis exhibendis 871.
migrando 578.
precario 583[1], **708**.
rivis 706.
superficiebus 792.
tabulis exhibendis 646.
thesauro 646[3].
uxore exhibenda 871.
vi armata, cottidiana 702[21].
Interdictum demolitorium 722.
fraudatorium 665[16].

Interdictum ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit 721.
quam hereditatem 1002.
quem fundum 771[3].
quod legatorum 694[8], 1063.
quod vi aut clam 701[17], **728.**
quorum bonorum 694[8], **1003.**
Salvianum **578,** 694[8], 827, 843.
secundarium 700.
unde vi 701.
uti possidetis 694.
utrubi 694.
Intereſſe 432[1], **495.**
Interpellatio **464.**
Interpolation 29.
Interpolationes Triboniani 134.
Interpositio auctoritatis **278,** 927.
Inter praesentes, absentes 746.
Interpretatio 129, 156.
Interpretation 29.
Interregnum 75.
Interusurium 453.
Intervention **585**[3], 632[8].
Interzeſſion **585,** 631.
Interzeſſionsbeſchränkungen 286.
Intestabiles 227, **1075.**
Inteſtaterbfolge 936, **943.**
Inteſtatkodizille 965.
Invecta et illata 577.
Inventar (Erbe) 992, (Pacht) 581, (Vormund) 930.
Inventariſation 420[1].
Invitus agere nemo cogitur 371.
Ipso iure 399, 509, (Erbſchaftserwerb) 980).
compensatur 521, **524.**
Irnerius 149.
Irreguläre Servituten 802[5], **811**[13].
Irreguläre Verträge 587[5].
Irrtum 292, (Erbrecht) 1015.
im Beweggrund **292,** 298[3], (Erbrecht) 1016.
Iter, actus, via, aquaeductus 800.
ad sepulcrum 727.
Itio in partes 70.
Juden 229.
Iudicia 386.
Iudicio contrahitur **404.**
Iudicium Cascellianum 699.
duplex 697[14].
fructuarium 699.
imperio continens 410[3], **783**[5].
legitimum 410[3], **783**[5].
rescindens 426.
rescissorium 426.
secutorium 699.
Iugerum 60[1].
Julianiſcher Kalender 350.
Jumentenedikt 557[3].
Iura in re aliena 672.
novit curia 381[3].
ossibus inhaerent 32.
personalissima **580,** 803, 943.
possessionis 673.
Iurata operarum promissio **210,** 476[4].
Iure suo uti nemo cogitur 371.
Iuridici 89.
Iuris auctores 120.
Iurisdictio contentiosa **24,** 73, 377.
delegata 73[4].
mandata 73[4].
ordinaria 73[4].
voluntaria **24,** 73, 377.
Iuris ignorantia nocet, facti non nocet 294.
Iuris quasi possessio 705.
Juriſtenrecht 17.
Juriſtiſche Perſonen 200, **232.**
Juriſtiſcher Beſitz 674.
Iuris vinculum **430.**
Ius 1[3].
abstinendi 941, **980.**
accrescendi in servo 209[4].
ad rem 35, 429[5], **671**[1].
aureorum anulorum 211.
auxilii 78.
civile 152.
coercitionis 74.
cogens 25.
commune 26.
dispositivum 25.

Ius distrahendi 837.
edicendi 113.
exponendi 903.
extraordinarium 163.
generale 26.
gentium 152, 160.
honorarium 114, 152, 163.
imaginum 56.
intercedendi 74.
Italicum 83[8].
Latii 216.
luitionis 845.
novum 163, (Verfahren) 168.
offerendae pecuniae 842.
offerendi et succedendi 853.
Papirianum 100.
poenitendi 489.
possidendi 677.
postliminii 204[1], 769.
protimiseos 562, (Emphyteuse) 795.
publicum privatorum pactis mutari non potest 25.
referendi 76, 85.
relationis 85.
respondendi 119.
Romanum 152.
singulare 26.
speciale 26.
suffragii et honorum 215.
tollendi 757[1].
variandi 437.
vendendi 904.
vitae ac necis 903.
Iusiurandum calumniae 1085.
in litem 387, 449.
Zenonianum 387[7], 449, 706.
Iusta causa (Bereicherung) 650, (Besitz) 677, (Übergabe) 737[2].
Iustae nuptiae 861.
Iustitium 366[8].
Iuxta facultates hereditatis 30[20], 409[9].

K
(siehe auch C).

Kalendarium 485[14].
Kalender 348.
Kalendertag 352.
Kaptatorische Zuwendung 824[7], 1014, 1016[12].
Karneades 375.
Kassatorische Klausel 505.
Kassiergesetz 126.
Kataster 93[4].
Katheder-Sozialismus 8[11].
Kauf 546.
auf Probe 561.
bricht Miete 574.
in Bausch und Bogen 550[12], 562[3].
nach Probe 561.
zur Probe 562.
Kauffahrteischiffe 5.
Kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht 471[6].
Kaufpreis 548.
Kaufsalnexus 298, 446.
Kaution 420.
Ketzer 229, 938.
Kinder (eheliche) 897, (uneheliche) 912.
Kindesvermögen 905, (freies) 908, (unfreies) 907.
Kirche 239.
Klageänderung 407.
erhebung 403.
grund 379.
Klagenkonkurrenz 871[1], 589[4].
Kläger 378.
Klassische Juristen 124.
Klienten 50.
Klostergelübde 203[5].
Kodifikationen 39.
Kodizill 964.
Kodizillarform 966, 1084.
Kodizillarische Fiktion 966.
Kodizillarklausel 317, 966.
Kognitionalverfahren 168.
Kollation 1007.
Kollegatare 1047.
Kollektivberechnung 1101[9].
Kollision 371.
Kolonien 81.
Komitien 59, 86.
Kommentatoren 151.
Kommissivdelikte 264, 661[10a].

Kommodat 582.
Kommorienten **203**, 937.
Kompensation 471[6], **519**.
Kompetenz 469.
Kompromiß 618[3].
Komputation 221.
Kondiktionen **390**[14], 648.
Kondominate 12[14].
Konfessorische Klage 817.
Konföderation 14.
Konfusion 508, (Erbgang) 991, (Servituten) 816.
Konjekturalkritik 29.
Konkubinat 859[3].
Konkubinenkinder 859[3], **912**.
Konkurrenz d. Klagen **871**[1], 539[4].
Konsensualkontrakte 161, **489**.
Konsolidation **711**, 816.
Konstitutionensammlungen 111.
Konstitutive Wirkung 416.
Konsumtibilien 260, (Nießbrauch) 804.
Kontinuität des Rechts 268.
Kontrakte 269, 390, 430, **476**.
Kontrahieren mit sich selbst 342[6].
Kontratabulant 1098.
Kontratabularerfitzung 730[1], **743**[4].
Konvaleszenz **816**, 346, (Eigentumserwerb) 742, (Erbgang) 991[1], (Erfüllung) 517, (Pfandrecht) 830.
Konventionalstrafe 503, (Erbfolge) 964, (Verlöbnis) 860.
Konversion **816**, 525[1], (Testament) 967.
Konzeptionszeit 897[2].
Konzessionssystem 234[8].
Körperliche Sache 240[2], (Vermächtnis) 1050.
Körperschaft 232.
Korporationsrechte 233.
Korrealobligation 538.
Korrealpfandrecht 838.
Kredit 824.
Kreditauftrag 608[10], **687**.
Krediteröffnungsvertrag 637.
Kreditierung (Kaufpreis) 551.
Kriegskontrebande 766[1].
Kritik 29.
Kulmination 352[8].
Kulpakompensation 447.
Kulturstaat 8.
Kumulation 537[3], (Delikt) 655.
Kündigung (Auftrag) 608, (Darlehen) 592, (Gesellschaft) 625, (Miete) 579[16], (Verjährung) 364.
Kuruliſche Ädilen 72.
Küstengewässer 4.

L.

Labeo 120.
Laesio enormis 549.
Landesverrat **49**, 173.
Landgut **256**[4], 580[18].
Landsassiatus 32.
Lapilli iactus 724.
Latini 80, 216.
Iuniani 217[10], (Beerbung) 962[17], (Erbfolge) 940.
Latio legis 95.
Laudatio auctoris 773.
Laudationes funebres 106[4].
Laudemium 795.
Laudum 618[3].
Laxamentum temporis 931[17].
Lectio 144.
Florentina 147.
Haloandrina 147.
Norica 147.
senatus **69**, 77.
Taurelliana 147.
vulgata 147.
Legalinterpretation 29.
Legalschuldverhältnis 431[16].
Legalservituten 719[3].
Legatum 967, **1038**.
debiti 1055.
generis 1053.
inutile 1057.
liberationis 1054.
nominis 1054.
optionis 1053.
partitionis **969**, 1069.
per damnationem 1041.
per praeceptionem 1041.

Legatum per vindicationem 1040.
poenae nomine relictum 824[7], 1016[13], 1039.
sinendi modo 1041.
Lege agere 66.
Leges agrariae 99[4].
contractus 78[4], 490.
Corneliae 58.
damnatae 135.
datae 98.
de sponsu 634[4].
erraticae 135.
Flaviae 104.
fugitivae 135.
geminatae 135.
imperfectae 97.
Liciniae Sextiae 55.
minus quam perfectae 97.
perfectae 97.
plus quam perfectae 97.
restitutae 189, 144.
rogatae 98.
Romanae 129.
tabellariae 67.
Valeriae Horatiae 54, 65.
Legisactio per condict. 166.
iudicis arbitrive postulationem 166.
manus iniectionem 166.
pignoris capionem 166.
sacramento 166.
Legisaktionenverfahren 166, (hered. pet.) 999[4], (rei vindicatio) 779.
Legisactiones 156.
Legitima 1100.
Legitimatio per oblationem curiae 913.
rescriptum principis 913.
subsequens matrimonium 913.
testamentum 913.
Legitimation (unehel. Kinder) 912, (Vertreter) 342.
Legitimität 898.
Lehre von den 3 Momenten 1021.
Leibnizsche Methode 453[4].
Leibrente 629.
Leihe 582.
Leinpfad 718.
Leistungsort 450.
verzug 464.
zeit 452.
Lenel 115.
Le mort saisit le vif 940.
Le roi règne, mais il ne gouverne pas 9[14].
Letztwillige Verfügung 270, 963, 1011.
Leugnungstheorie 274[4].
Lex 95.
Acilia 102, 178.
Aebutia 103, 167.
Aelia Sentia 210[4], 218[11].
Anastasiana 533.
Antoniniana 213.
Apuleia 102, 634[4].
Aquilia 102, 660.
Arons 97[7].
Aternia Tarpeia 52, 78, 186.
Atilia 102, 924.
Atinia 102, 748.
Aurelia 191[7].
Caecilia Didia 67[13], 96.
Calpurnia de repetundis 178.
Canuleia 54, 864.
Cassia 67, 99[4].
Cicereia 103.
Cincia 102, 567.
coloniae Genetivae 104.
commissoria (Kauf) 327, 465, 505, (Pfand) 826, 832, 845.
contractus 78[4], 490.
Cornelia de falsis 180, 1018.
iniuriis 175, 664.
maiestatis 179.
sicariis et veneficis 179.
sponsu 103, 634[4].
curiata de imperio 64.
Dei 128.
de imperio Vespasiani 104.
duodecim tabularum 52, 100.
Falcidia 1066.
frater a fratre 472.
Furia Caninia 211[4].
de sponsu 102, 634[4].

Lex Gabinia 67, 443.
Gallus 136, **1020**[6].
Genucia 443.
Heinze 97[2].
Hostilia 205[1].
Hortensia 65, 351.
Huene 97[2].
Iulia caducaria 103[1], **989**.
Iulia de adulteriis 164, 180, **892**.
ambitu 179.
annona 181.
collegiis 238[3].
fundo dotali 257, **880**.
repetundis **178**, 715[10], 748.
vi 180.
vicesima hereditatum 87[1], **1089**.
et Papia Poppaea 87[1], **108**, 859[3], 864, 939, 1029[18].
et Plautia 748.
et Titia 924.
maiestatis 179.
municipalis 81.
repetundarum 179.
vicesimaria 87[1], **1089**.
Iunia Norbana 211[6], **217**[10].
Velleia 1021.
Laster 96[2].
Latinus Largus 857.
Lecta 136, 463[3], **478**[3].
Mamilia 727.
metalli Vipascensis 105[6].
Minicia 861.
Ogulnia 55.
Ovinia 55, 68.
Papiria 67.
Petronia 207[3].
Pinaria 103.
Plaetoria 278.
Plautia de vi 180.
Poetelia 103.
posterior derogat priori 33, 98.
Publilia 65, 634[4].
Philonis 102.
Voleronis 65, 78.
Quinctia de aquaeductibus 65[3].
Lex Quisquis 92, **182**.
regia 84.
Remmia 194.
Rhodia de iactu 602.
Romana Burgundionum 129.
Wisigothorum 129.
Rubria de Gallia Cisalpina 103.
Salpensana et Malacitana 104.
Scribonia 745, **814**.
Sempronia (iudiciaria) 178, (Zinsmaß) 443.
Valeria de provocatione **51**, 186, 188[4].
Vectibulici 209[5].
Villia annalis 72.
Voconia 224, **1019**.
Libellus famosus 174[7].
Liberalis causa 205[2].
Liberatio legata 1054.
Liberi naturales 912.
Liber patrimonii 484[14].
Liber quinquaginta decisionum 132.
Libertus orcinus 208.
Liberum officium iudicis 391[14].
Libri 118[1].
feudorum 38.
singulares 136.
terribiles 136.
Linea recta, transversa 220.
Linealfolge 954[10].
Linealgradualfolge 954[10].
Linum 105[6].
Liquidität 523.
Litiscontestatio 403.
Litisdenunziation 553[3].
Litispendenz (Einrede) 406, (Verjährung) 361.
Litteralkontrakt 484.
Litterarum obligatio 159.
Locare 572[2].
Locatio conductio 571.
operarum 593.
operis 597.
rei 571.
Locus regit actum 306.

Locus religiosus 727.
Longa manu traditio 683.
Longi temporis praescriptio 359, **743**.
Löſchungsſyſtem 853[6].
Lotterievertrag 629[1].
Luceres 48.
Lucida intervalla 282, (Teſtament) 1076.
Lucrum cessans 445.
Lustrum 61.
Lytae 141.

M.

Macchiavelli 8.
Magister navis 340.
Magistratus 71.
curules 72.
maiores 72.
minores 72.
Mahnung 464.
Mäklervertrag 603.
Malae fidei possessor 678, (Eigentumsanſpruch) 776, (Erbſchaftsanſpruch) 1000.
Mala fides superveniens 678.
nocet 751[16].
Malitiis non est indulgendum 371.
Manceps **78**[4], 745[4].
Mancheſtertheorie 7.
Mancipatio **153**, 732.
nummo uno 157.
(Teſtament) 1077.
Mancipium 211.
Mandata 108.
Mandatum 604.
ad agendum 527.
aliena, mea, tua gratia 606.
qualificatum 608[10], **637**.
Mängel (Kauf) 556, (Miete) 575, (Schenkung) 568, (Werkvertrag) 597.
Manifeſtationseid 993.
Manius Manilius 118.
Manumissio 208.
Manus 861.
clavium 872[4].
Manusehe 866.
Manus mortua **235**[4], 715[10].
Manzipation 153, 732.
Manzipationsteſtament 1077.
Marcianus 125.
Marius 58.
Martinus 150.
Mater familias 861.
Materielles Noterbrecht 1094.
Materien **25**, 98[3].
Mater semper certa est 897.
Matrimonium iuris gentium 861.
Matrona 861.
Mehrheitstheorie 541[4].
Melior est causa possidentis 372, **674**.
Membrana 105[4].
Mensis intercalaris 349.
Mentalreſervation 289.
Mercedonius 349.
Merces 573.
Merx 546.
Methodologie 1[1].
Metus 300.
M. E. Z. 352[3].
Militärgrenze 213.
Militärteſtament 1082
Milmo 70[2], **351**[24].
Minderungsklage 558.
Minima non curat praetor 423.
Minuta 320.
Missio Antoniniana 422, **1065**.
damni infecti 422.
ex edicto Hadriani 989.
ex primo, secundo decreto 720.
in possessionem **422**, 989.
legatorum servandorum causa 422, 1065.
rei servandae causa 422.
ventris nomine **201**, 422, 990.
Mitbürgen 638.
Miteigentum 788.
Miterben 936, **1003**.
Mitvormünder 927.
Mittelbarer Beſitz 676[4].

Mittelbare Stellvertretung **887**, 499[1].
Mobiliargemeinschaft 873[4].
Mobilien 256.
Modestinus 125.
Modus 321, (letztw. Zuwendung) 975, (Schenkung) 570,
adquirendi 265[1], **780**[3].
qualificatus, simplex 975[14].
Mohatra 588.
Monarchie 8.
Monat 349.
Mondjahr 349.
Monroedoktrin 5[7].
Montesquieu 10.
Moral 2.
Morbus sonticus 282.
Morganatische Ehe 859[3].
Morte Cincia removetur 567.
Mortis causa capio 972.
donatio 571, **972**.
Motiv 271[3], (irriges) **298**[3], 1016.
Mucius Scaevola 118.
Mulier inops et indotata 958.
taceat in ecclesia 285.
Multa 53[4].
Municipes 82.
Munus publicum 71.
Münzunion, lateinische 260[7].
Münzwesen, deutsches 259[7].
römisches 60[1].
Mutuum 586.
Mutuus dissensus 507.

N.

Nachbürgschaft 633.
Nacherbschaft 971[5], 1031[21], **1069**.
Nachlaß 935.
Nachlaßgericht 985[6].
inventar 992.
konkurs 995[6].
schulden 991.
verwaltung 995[6].
Nachvermächtnis 1046.
Nasciturus pro iam nato habetur **201**, 939, 1020.
Nation 3.
Nationalitätsprinzip 3.
Naturalia inesse praesumuntur, accidentalia specialiter probanda 274[5].
Naturalia negotii 273.
Naturalis computatio 279, **354**.
possessio 678.
Naturalkomputation 353.
Naturalobligationen 429, **472**.
Naturalrestitution 448.
Natur der Sache 20.
Naturrecht 20.
Nauta **619**, 668[1].
Navigationsakte 5[5].
Nebenbestimmungen 320.
Nebensache 246.
Necessarii heredes 941, **980**.
Negativa non sunt probanda 395[4].
Negative Funktion der exceptio rei iud. 412.
der Litiskontestation 406.
Negative Litiskontestation 393.
Negative Potestativbedingung **326**, 1014.
Negative Servituten 797[4].
Negatives Vertragsinteresse 311, **402**[21].
Negativ unmögliche Bedingungen 322.
Negatoria Publiciana 78[8].
Negotia inter vivos, mortis causa 270.
Negotia per aes et libram 153.
Negotiorum gestio 609.
Negotium 268.
claudicans **277**, 497.
nullum, rescissibile 313.
purum 321.
utiliter coeptum 612.
Nemo cum duobus testamentis decedere potest 978.
Nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet 265.
Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest **977**, 1024.

Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest 684.
Neratius Priscus 122.
Nerva 122.
Neubau 721.
Nexi liberatio 507.
Nexum **154**, 586[2].
Nexus 212.
NL (non liquet) 68.
Nichtigkeit 314, (Ehe) 862, (Testament) 1086.
Nießbrauch 804, (Vermächtnis) 1055.
Nizäisches Konzil 90[1].
NN (Numerius Negidius) 167[1].
Nomen 428[2].
arcarium 485[15].
bonum, verum esse 532.
transscripticium 486.
Nomina ipso iure sunt divisa 544, **1004**.
Nominatio auctoris 773.
Nominatores 930.
Nominis delatio, receptio 190.
Non usus 816.
Normativbestimmungen 234[2].
Nota censoria 77, 225, 891.
Notae 117[2].
Noterbrecht (formelles), 1095, (materielles) 1098.
Notstand 375[1].
Notstandsverordnung 16.
Notweg 727[18].
Notwehr 375[1].
Nova clausula Iuliani 116, **948**[4].
Novation 509, (Prozeßbeginn) 403.
Novatio necessaria **405**, 510[7].
tacita 511.
voluntaria 510[7].
Novellae 140.
Theodosianae 112.
Noxa 168[1], **668**.
Noxa caput sequitur 207, **669**.
Noxae deditio 668, (Hauskinder) 904.
Noxalklage 389, **668**.
Noxia 168[1].
Nuda promissio 421.
Nuda proprietas 711[3], 806.
Nudum ius Quiritium 347[1], **712**.
Nudum praeceptum 975[14].
Nulli res sua servit 798.
Nullitätssystem 1106.
Numaisches Jahr 349.
Numeratio 506[1].
Nuncupatio **158**, 1077.
Nundinae 66, **351**.
Nupturienten 863.
Nutzungen **250**[13], 776.

O.

Obligatio 427.
Obligationen 35, **427**.
Obligationes ex contractu 430.
delicto 654.
naturales 472.
Obnuntiatio 68[15].
Observanz 18.
Occasio legis 29, **97**[2].
Occupatio 765.
Octavian 56.
Octavus testis subscriptor 281, 1081.
Öffentlicher Fluß **255**[3], **718**.
Glaube 709[1].
Öffentliche Straße **255**[3], 718.
Wege **255**[3], 718.
Offerte 318.
Oktroyierte Verfassung 9[11].
Olim, hodie, semper possessor 751[17].
Omissivdelikte 264.
Omnia iudicia esse absolutoria 408[7].
Omnis causa 391[14], **409**, 775.
Omnis condemnatio pecuniaria est 411, **468**.
Onera matrimonii 871.
Onus probandi 394.
incumbit ei qui dicit, non qui negat 395.
Ope exceptiōnis **899**, 508.
Operae 803.
Operae fabriles, officiales 210.
illiberales 594.

Operae liberales 594.
servorum 810.
Opinio iuris s. necessitatis 18.
dominii 674.
Optimates 56.
Optio angusta, plena 285.
legata 1053.
Oralfideikommiß 1040, **1085.**
Oratio 106.
Severi 107, 257, **980.**
Severi et Antonini 316, **571.**
Orbi 103[5].
Orderpapier 645.
Ordnungen (Erbfolge) 954[10].
Ordo equester 57.
senatorius 56.
Originärer Eigentumserwerb 734.
Rechtserwerb 265.
Ornamenta 559.
Osculo interveniente 860.

P.

P. (Papiniansmasse) 134.
Pacht 571, **579.**
Pacta adiecta, legitima, nuda, praetoria, vestita 490.
Pacticia tutela 926.
Pactiones et stipulationes 812.
Pactum acquisitivum, affirmativum, negativum, renuntiativum, successorium 1092.
de contrahendo 320.
de hereditate tertii 1093.
de ingrediendo 843[10].
de mutuo dando 586.
de non distrahendo 844.
de non petendo 507, **525.**
de non praestanda evictione 555.
displicentiae 327, **505.**
donationis 491.
dotis 491.
in favorem tertii 499.
legitimum 568.
ne dolus praestetur 459.
reservati dominii 551[14].
Pagani 229.
Palingenesia 134.
Pandectae **133,** 199.
Panem et circenses 79.
Papianus 129.
Papiergeld 260[7].
Papinianistae 141.
Papiniansmasse 134.
Papinianus 124.
Papirius 100.
Papirius Iustus 111.
Parapherna 870, 888.
Parallelwährung 259.
Παρεκβάσεις 8.
Parens binubus 895.
Parentelenordnung 954[10].
Pariser Seerechtsdeklaration 766[1].
Parität 229[6].
Paritionsfristen 418[7].
Parricidium 174.
Partei 537.
Partes digestorum 137.
Partes pro diviso, pro indiviso **262,** 788.
Partikulärer Erbvertrag 1092.
Partikuläres Recht 27.
Partitio legata 969.
Partitionslegat 969.
Partus ancillae **251,** 764, 806.
Pasquille 227[4].
Passivlegitimation 393.
Pater est, quem nuptiae demonstrant 897.
Pater familias 219, **901.**
Patientia 813.
Patres conscripti 68.
Patria potestas 218, **901.**
Patrizier 49.
Patrimonialgerichtsbarkeit 377[1].
Patronatus 210.
Patroni 192.
Patronus 210, (Erbrecht) 961.
Paulus 125.
Pauperies 177, **669.**
Peculatus **179,** 657.
Peculium 339, **905.**
adventicium 907.
castrense 220, **906.**

Peculium paganum 907[5].
profecticium 286, **906**, (Vererbung) 961.
quasi castrense 220, **907**.
Pecunia 61[5], 258.
Pecunia traiecticia 592.
Pedanei 69[1].
Perduellio **49**, 173.
Peregrini 80, **217**.
dediticii **80**, 210.
Pegasiani 121.
Pegasus 122.
Periculum acoris et mucoris 561[1].
creditoris 434.
emptoris 434[4], 497[2], **550**.
locatoris 434[4], 498[3], **576**.
Permutatio 489.
dotis 879.
Perpetuatio fori 407.
obligationis 465.
Personae exceptae 567.
Persona 200[1].
incerta 1019.
turpis **228**, 1099.
Personalitätsprinzip 32.
Personalkredit 824.
Personalservituten 803, (irreguläre) 811[13].
Personalunion 13.
Personen (juristische) 232, (natürliche) 200.
Persönliche Dienstbarkeiten 803.
Klagen 389.
Persönliches Recht 34.
Persönlichkeitsrecht 35.
Pertinenz 247.
Perzeption 765.
Petitorium absorbet possessorium 692[4].
Petri exceptiones 149.
Pfandprivilegien 850.
Pfandrecht 820.
gesetzliches 833, (Vermieter) 577, (Verpächter) 580.
richterliches 832.
Pfandseparatisten 851[5].
Pflegschaft 921[2].
Pflichtteilsrecht 1098.
Piae causae 239, (Vermächtnis) 1064.
Pignoris capio 428[2].
causa est indivisa 838.
Pignus 826.
conventionale 828.
Gordianum **471**, 856.
in causa iudicati captum 832.
in re sua 857.
insulae 833.
irregulare 836.
iudiciale 832.
legale 833.
necessarium 828.
nominis 836.
pignoris 837.
praetorium 826, **832**.
publicum 850.
tacitum 833[9].
testamentarium 826.
voluntarium 828.
Pileati 209.
Pisana 144.
Plagium 179.
Plebejer 50.
Plebeiscita 64, **95**.
Plebiscit 65[10].
Plena pubertas 276[1], (Adoption) 914.
Plus confert, quam aufert 1008[3].
Plus petitio 405[3].
Plutarchus 117[1].
Poena 168[1].
Poenae secundarum nuptiarum 895.
Polizei 7[3].
Polizeiliche Strafverfügungen 75[4].
Polizeistaat 7.
Polizeiverfügungen 75[5].
Polizeiverordnung 75[4].
Pollicitatio 319, **475**, 877.
Polybius 116[1].
Pomponius 123.
Pönalklagen 389.
Pontifices 49.

Pontifex maximus 51.
Populiscita 64.
Portio accrescit cum suo onere 1029.
portioni accrescit 1028.
Positives Recht 21.
Positus in condicione non est positus in dispositione 1023.
Possessores 93.
Possessio 673, (Ersitzung) 747.
civilis 678.
naturalis 678.
plurium in solidum 680.
Possessorische Interdikte 693.
Possessorium ordinarium 700[16].
summariissimum 700[16].
Postglossatoren 151.
Postliminium 204[1], 769.
Posterior creditor 852.
Postpapiniansmasse 134.
Postulatores 930.
Postumi Aquiliani 1021.
legitimi 1021.
sui 1020.
Velleiani 1021.
Postumus (Erbeinsetzung) 1020.
Potestas 73, (patria) 218, 901.
Potestativbedingungen 325, (negative) 326, 1014.
Potioris nominatio 926.
Pp. (Postpapiniansmasse) 134.
Praedes litis et vindiciarum 780.
Prädialservituten 798.
Praedia rustica 256.
suburbana 256.
urbana 256.
vicina esse debent 799.
Praefecturae 94.
Praefectus annonae 89.
praetorio 88.
urbi 48, 89.
vigilum 89.
Prälegat 967, 1048.
Praemium emancipationis 911.
Praescriptio (Gesetz) 96, (Klagformel) 489, (Verjährung) 359.
Praescriptio dormiens 365.
immemorialis 359.
longi temporis 359, 748.
Praestare 432.
Praesumtio iuris 396, (Abstammung) 897, (Eigentumsfreiheit) 710, (Erfüllung) 518[6], (Grundbuch) 709[1], (guter Glaube) 750, (Novation) 510, (Zubehör) 248[10].
iuris et de iure 396.
Muciana 872.
pro rege 10[16].
Praeter legem 18.
Praetextati 70.
Praetor ius dicere potest, facere non potest 118, 167, 382.
peregrinus 77.
tutelaris 922.
urbanus 77.
Praetoriae stipulationes 420.
Praevaricatio 194.
Prävention 372.
Preis 263, (Kauf) 546.
Precarium 582[1].
Prekarist (Haftung) 460, 582[1], (Besitz) 675.
Pretium 263, (Kauf) 546.
certum, iustum, verum 548.
Princeps legibus solutus est 85[5].
Prinzipat 83.
Prioritätszession 855[3].
Prior tempore, potior iure 372, 848.
Priorität 848.
Privatdelikte 171, 656.
Privatflüsse 255[3].
Privation 795.
Privative Interzession 535.
Privatteſtament 1079.
Privilegia causae, personae, rei 20, 532.
exigendi 532.
Privilegien 26, (Fiskus) 237, (Frauen) 224, 286.
Privilegierte Einreden 417[6].

Privilegierte Pfandrechte 849.
Teſtamentsformen 1082.
Privilegium 26.
Privilegium favorabile, odiosum 26.
Probatio diabolica **785**, 772.
Procopius 117[1], 130.
Procurator 604.
Procurator in rem suam 527.
Πρόχειρος νόμος 148.
Pro herede gestio 982.
Pro herede possessio 998.
Prokop 117[1], 130.
Prokulianer 120.
Prokulus 122.
Prokuratoren 686[20].
Proletarii 61.
Prolytae 142.
Promulgatio 96.
Pronuntiatio 386.
Pro petitione Vigilii 149.
Pro possessore (Beſitz) 677[8], (Erbſchaftsbeſitz) 998, (Erſitzung) 749.
Proprietas 708.
Propter nuptias donatio 888.
Prorogatio imperii 82.
Protektorat 12[16].
Proteſt 419[1].
Protestatio 303.
facto contraria 303.
Protokoll 70[4].
Protutor 932.
Provinzen 82, 90.
Provocatio ex lege Diffamari, Si contendat 379[8].
Prozeß 378.
Prozeßfähigkeit 275.
Prozeßnovation 403.
Prozeßvertretung 407.
Prozeßvoraussetzung 392.
Prozeßzinſen **409**, 442.
Publica fides (Grundbuch) 709[1].
Publicani 78[4], 579, **622**[4].
Publicatio 96.
Publiciana 784.
confessoria 818.
negatoria 783.
Publikationspatente 131.
Publizität (Grundbuch) 709[1], (Pfandrecht) 821[1].
Pulsare, verberare, domum vi introire 180.
Punktation 320.
Pupillarſubſtitution 1035.
Pupillus 276.
Putativehe 899[5].
Putativtitel 749.

Q.

Quadrans 60[1].
Quadrupes 669.
Quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt, perpetua 369.
Quae non sunt, simulo, quae sunt, ea dissimulantur 290.
Quaestio Domitiana **122**[4], 1079[9].
Quaestio facti, iuris 28.
Quaestiones perpetuae 178, **189**.
Quaestores parricidii **48**, 187.
Quaestor candidatus principis 106.
Qualifizierte Teſtamentsform 1081.
Quantum possessum, tantum praescriptum 814.
Quarta divi Pii 916, **959**.
Falcidia 971, **1065**.
Trebellianica 972, **1072**.
Quart der armen Witwe 958.
Quasicaducum 1029[10].
Quaſidelikte 431, **666**.
Quaſideliktsklagen 389.
Quaſikontrakte 430.
Quaſipupillarſubſtitution 1038.
Quasitraditio 813.
Quasi ususfructus 805.
Quäſtionenprozeß 189.
Quäſtoren 79.
Quattuor doctores 150.
Quem volam, voluero 437[8].
Querela inofficiosae donationis et dotis 1103.
inofficiosi testamenti 1103.
non numeratae dotis 879[4].

Querela non numeratae pecuniae 481[10].
nullitatis 1097, **1106**.
Qui delegat, solvit 512[9], **644**[1].
Qui dolo desiit possidere 773.
Quidquid est in territorio, etiam est de territorio 32.
Quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit curia 150.
Qui excipit, non fatetur 395.
Qui liti se obtulit 773.
Quincunx 60[1].
Quinquagesima 795.
Quinque pedes 748.
Quintilianus 117[1].
Quirites 48.
Qui suo iure utitur, nemini facit iniuriam **870**, 717.
Qui tacet, consentire videtur 304[1].
Quittung 481[10], **518**.
Quoad sortem, usum 623.
Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere 315.
Quod sine die debetur, statim debetur 274[5], **452**.
Quot generationes, tot gradus 221.

R.

Ramnes 47.
Rapina 659.
Rasse 3[4].
Rat 606, (letztw. Zuw.) 975[14].
Ratenvermächtnis 1056.
Ratihabitio 316, **845**, 612.
Ratihabitio mandato comparatur **846**, 612.
Ratio legis 29.
Raub 659.
Raubehe 867[16].
Rauduculum 153.
Raum 348.
Realexekution 35, **411**.
injurie 664[14].
kaution 421.
kontrakte 161, **487**.
Realkredit 824.
lasten 797[8], **819**.
oblation 466.
union 14.
Reassumtio litis 407.
Rebus sic stantibus 498[8], **509**[2].
Receptum arbitrii 617.
argentarii 511[6],617, **635**[4].
cauponum, nautarum, stabulariorum 619.
Rechnungslegung 420[1], (Vorm.) 933.
Recht 1.
Rechtsanalogie **31**, 143.
ausübung 370.
besitz 704.
erwerb 264.
fähigkeit 200.
gesamtheit 245.
geschäfte 268.
geschichte 36.
hängigkeit 403.
hemmende Tatsachen 394.
institut 34.
irrtum **294**, 650[4].
kraft 411.
nachfolger 265.
norm 15.
philosophie 20.
politik 26.
quelle 15.
schulen 120.
schutz 377.
schutzanspruch 378.
staat 7.
studium (deutsches) 41[2].
(römisches) 140.
subjekt 200.
system 34.
urheber 265.
verhältnis 34.
verlust 267.
vernichtende Tatsachen 394.
vermutung siehe Praesumtio
weg 373[2].
Recht zur Sache 35, **671**[1].
Re et verbis coniunctio 1026, (Vermächtnis) 1047.

Redemptor 572[3].
Regenwasser 725.
Regierung 10.
Regressus per gradum, per saltum 533.
Regula Catoniana 315, (Erbrecht) 1050.
Regulae 117[8].
Reichskassenscheine 260[7].
Rei vindicatio 770, (Formel) 387[10], utilis 774.
Rektapapiere 645.
Rekuperatorische Interdikte 693, 700.
Relative Rechte 36.
Relegatio 215[9].
Religion 229.
Relocatio tacita 579.
Remedium ex lege ultima 989.
Remissio mercedis 580.
Remotio tutoris 932.
Remuneratorische Schenkung 570.
Rentenschuld 822[1].
Rentenvermächtnis 1056.
Renuntiatio 266.
Replik 396.
Repräsentationsrecht 944, 952[7].
Repräsentationstheorie 342[6].
Repräsentative Fiktion 988.
Repräsentativverfassung 9[14].
Repudiatio 266, (Erbschaft) 982.
Repudium 891.
Res accessoria sequitur rem principalem 759.
corporales 240.
derelictae 768.
dividuae 261.
divini iuris 240, 254.
extra commercium 253.
fungibiles 257[6].
furtivae 255, (Ersitzung) 748, (Kauf) 547.
immobiles 256.
incorporales 240.
litigiosae 255, 410.
mancipi 62[5], 241, (Eigentumserwerb) 712.
mobiles 256.
Res nullius 253[1], (Aneignung) 765.
publicae 254.
quae pondere, numero, mensura valent 258.
religiosae 254.
sacrae 254.
sanctae 240.
Resciffionsklage 300[4].
Rescripta 109.
Reservatio mentalis 289.
Reservation 304.
Res habilis, titulus, fides, possessio, tempus 747.
Res iudicata pro veritate accipitur 411.
Res iudicata ius facit inter partes 411.
Res nullius cedit occupanti 765.
Resoluto iure dantis resolvitur ius concessum 265, 715[8].
Resolutivbedingung 326, 331, (Test.) 1013.
Responsa 117[8], 119.
prudentium 116.
Responsio Celsina 122[4].
Restitutio in integrum 423.
Restriktive Interpretation 30.
Res succedit in locum pretii 246.
Res transit cum suo onere 1050.
Retentiones ex dote 886, 894.
Retentionsrecht 470, (Dos) 886, 894, (hereditatis pet.) 1001[8], (rei vind.) 778.
Retraktrecht 563[5].
Retrotraktion der Bedingung 330.
Retrotraktive Fiktion 988.
Reugeld 502.
Reus 378, 428[3].
Richterliches Pfandrecht 832.
Rom 47.
Romulisches Jahr 349.
Rostra 53[6].
Rubricae 113.
Rückbürgschaft 633.
Rückkauf 562.

Rücktritt 505.
Rückwirkende Kraft der Gesetze 33.
Rückziehung 267, (Beding.) 330.
Ruhendes Eigentum 714.
Ruta caesa 248[10].

S.

S = Sabinusmasse 133.
Sabinianer 120.
Sabinus 122.
Sachen 240.
Sachgesamtheit 243.
Sacramenta puberum 424[8].
Sacrilegium 179, 657.
Salarium 594.
Saldo 520.
Sallustius 116[1].
Salmann 977[16].
Salvius Iulianus 115, 123.
Samoainseln 12[14].
Sanctio legis 15, 97.
Sanctio pragmatica 111.
Satio 758.
Satisdatio 421.
Satisfactio 506[1].
Satura 96[1].
SC. = Senatus consultum 106.
SC. Claudianum 107, 205[1], 267[3].
de Bacchanalibus 107.
Hosidianum 107.
Iuventianum 107, 744[6], 959, 999[6].
Libonianum 107, 1018, 1080[10].
Macedonianum 107, 219, 287, 417[6], 589.
Neronianum 107, 1042.
Orfitianum 107, 950.
Pegasianum 107, 971.
Plancianum 898.
Silanianum 208, 1090.
Tertullianum 107, 871, 949.
Trebellianum 107, 970.
Turpillianum 194.
Velleianum 107, 286, 417[6].
Volusianum 107.
Scaevola 118.
Schaden 445, (Eigentumsanspr.) 777, (Erbschaftsanspr.) 1000.
Schadenersatz 445.
Schadlosbürgschaft 632.
Schalttag 351[3].
Schatz 769.
Schätzungseid 449[19], 703[22].
Scheidemünze 260[7].
Scheingeschäft 289, 306.
Scheinkoemtion 868[14].
Schenkung 564, (Auflage) 570, (remuneratorische) 570, (unter Ehegatten) 571, (von Todes wegen) 571, 972.
Schiedsrichter 617.
Schiedsvertrag 617[2].
Schlüsselgewalt 872[4].
Schmerzensgeld 448[14], 531[5].
Schuldanerkenntnis 482[11], 642.
befreiungsvermächtnis 1054.
übernahme 535.
verhältnisse 427.
vermächtnis 1055.
verschreibung auf den Inhaber 644.
versprechen 482[11], 642.
vertrag 474.
Schutzherrschaft 12[16].
Schwägerschaft 863.
Schwebendes Eigentum 714.
Sciens dolo malo 169.
Scrinium 92.
Secessio plebis 52, 55.
Sectio bonorum 733.
Secures 75[6].
Seedarlehn 592.
Seetestament 1082[18].
Selbständige Einreden 402, (Verjährung) 369.
Selbsthilfe 375.
Selbsthilfeverkauf 467[6].
Selbstschuldnerische Bürgschaft 632.
Selbstverteidigung 374.
Selbstverwaltung 72[1], 81[3].
Selfgovernment 81[3].
Sella curulis 72.
Semel heres, semper heres 970, 1031[21], 1069.

Semis 60[1].
Semper moram fur facere videtur 464.
Senatus 50, 68, 86.
Senatus auctoritas 70.
Senatus consultum siehe SC.
Senectus 281[4].
Separata oeconomia 911[7].
Separation 764.
Separatio quoad thorum et mensam 893[5].
Septunx 60[1].
Sequestratio 422, **616**.
Servitus 204, **796**.
altius non tollendi 801.
cloacae 801.
fluminis 801.
fumi immittendi 801.
fundo utilis esse debet 799.
in faciendo consistere nequit 797.
latrinae 801.
luminum 801.
ne luminibus, prospectui officiatur 801.
oneris ferendi **801**, 817[2].
proiciendi 801.
protegendi 801.
servitutis esse non potest 798.
stillicidii immittendi 801.
tigni immittendi 801.
Servitutes affirmativae 797[4].
apparentes 798[4].
continuae 798[4].
discontinuae 797[4].
iure constitutae 812.
negativae 797[4].
praediorum 800.
quae tuitione praetoris consistunt 812.
rusticorum 800.
simplices 798[4].
Servitutibus civiliter utendum est 798.
Servitutis causa perpetua esse debet 799.
Servius 119.
Sestertius 60[1].
Sex suffragia 56, **60**.
Sextans 60[1].
Sicherheitsleistung 420[1].
Simplaria venditio 559[5].
Simulation 289.
Singularsuccession 266.
Si paret 167[1].
Si quis omissa causa **983**, 1059.
Sitte 3.
Sklavenedikt 557[3].
Sklaverei 204.
Sobrini 221.
Societas 620.
leonina 620.
negotiationis 621.
omnium bonorum 620.
publicanorum 78[4], **622**[6].
Socinus 1102.
Socius liberalitatis imperialis 960.
Soldatentestament 1082.
Solennitätszeugen 307.
Solidarobligation 539[4].
Solidus 60[1].
Solum italicum, provinciale 83[3].
Solutio 506.
Solutio per aes et libram 154.
Solutionis causa adiectus 516.
Sondervermögen 245.
Sonntag **351**, 356[6].
Souveränität 5.
Sozialdemokratie 8[11].
Sozialistengesetz 215[9].
Spatium deliberandi 983.
Species **257**, 433.
Species perit ei, cui debetur 434.
Spectabiles 92.
Spezialität 821[1].
Spezialpfandrecht 833.
Spezialsuccession **267**, 942[7].
Spezialvollmacht 344.
Spiel 629.
Spielschulden sind Ehrenschulden 631[5].
Spoliatus ante omnia restituendus 704[29].
Sponsalia 859.

Sponsio 159, 477, (Bürgschaft) 633.
et restipulatio 699.
praeiudicialis 780.
SPQR 48, 69.
Sprungregreß 533.
Spurii 912.
Staat 3.
Staatenbund 14.
Staatenverbindungen 10.
Staatsämter 71.
angehörige 32.
beamte 82[3].
formen 8.
gebiet 4.
gewalt 5.
recht 23.
servituten 12[16].
sozialismus 8[11].
theorien 6.
verfassung 8.
Stabularii 619, 668.
Städelsches Testament 239[10].
Stadtgemeinden 81, 238.
Staffelregreß 533.
Stämme 3[4].
Stände 49, 55, 204.
Ständekampf 54.
Standesbeamte 202[4], 868[15].
Standesunterschied 204, 864.
Standgerichte 195[11].
Ständische Verfassung 9[14].
Stationes fisci 237.
Statuliber 208.
Status 204.
civitatis 213.
familiae 218.
libertatis 204.
Statusprozesse 206[2], 415.
Statut 236.
Statutenkollision 32[28], 231[9].
Stellionatus 183.
Stellvertretung 336, (Besitz) 685, (Eigentumserwerb) 738, (Testament) 964.
Stiftungen 238, 1082[18].
Stillschweigen 304.
Stipulatio 161, 477.
Stipulatio Aquiliana 119, 488[12].
duplae 555.
Stipulationes cautionales 421.
communes 421.
conventionales 420.
iudiciales 421.
necessariae 420.
partis et pro parte 969.
post mortem 479[9].
praetoriae 420.
Stockwerkseigentum 261.
Stölzel 273[5], 328[9].
Strafprozeß 185.
Strafrecht 168.
Straße, öffentliche 255[3], 718.
Stricti iuris actiones 386.
contractus 270.
Stumme 281, (Test.) 1080, 1081[12].
Stuprum 180.
Sub corona vendere 205[1], 733.
Sub hasta 78[4], 733.
Subhastation 845[14].
Subjektlose Rechte 232[1].
Sublocatio 574.
Subscriptio 77, 105[6], 1078[7].
Subsidiär gemeines Recht 27.
Substanz 249.
Substanzialprinzip 252.
Substitutio 1031.
duplex 1036.
pupillaris 1035.
reciproca 1033.
tacita 1036.
vulgaris 1032.
Substitution, fideikommissarische 1031[21].
Substitution geht vor Accrescenz 1033.
Substitutus substituto est substitutus instituto 1033[22].
Successio ex pacto et providentia maiorum 1046[6].
graduum 945, 948, 956.
in querelam 1100.
in usucapionem 753.
ordinum 945, 948, 956.
Succession 266, (Erbfolge) 942, 956.

Succeſſion, hypothekariſche 854.
Succeſſives Univerſalfideikommiß 1070.
Vermächtnis 1046.
Successor 265.
Suetonius 117[1].
Sui 219.
Sui heredes 155, **944**, (Erbſchaftserwerb) 941, **979**.
Sui iuris 155, **219**.
Sulla 58.
Summa Perusina 149.
Summissio foetuum **714**[7], 807[8].
Summiſſion 807[8].
Summum ius, summa iniuria 21.
Superficies 792.
Superficies solo cedit 757.
Superscriptio 105[6], **1081**.
Suppletoriſches Recht 26.
Suſpenſivbedingung 326.
Suzeränität 11[16].
Symbol 306.
Symbolum Nicaeanum 90[1].
Synallagmatiſche Verträge 390, **496**.
Syriſch-römiſches Rechtsbuch 128.

T.

Tabellae 67.
Tabula Bantina 103.
Heracleensis 81, 103.
Tabulae Caeritum 63[8], 77, **216**.
ceratae 104[6].
honestae missionis 104.
testamenti 1077.
Tabularerſitzung 730[1].
Tacita intercessio 535[2], 631[2].
novatio 511.
Tacitus 117[1].
Tag 352.
Tantundem eiusdem generis **487**, 587.
Taube (cura) 281, (Teſtam.) 1080.
Tauben 767.
Taubſtumme **281**, 1076.
Tauſch 486, **568**.
Tauſchwert 263.
Teilbare Leiſtung **488**, 542.
Teilbarkeit 261, (Grunddienſtbarkeiten) 802, (perſönliche Dienſtbarkeiten) 809, (Pfandrecht) 838.
Teilnahme 172.
Teilpacht 580.
Teilungsklagen 388, **627**.
Tempus (Erſitz.) 752.
Tempus continuum 355.
iudicati 418[7].
utile 355.
utile ratione initii, continuum ratione cursus 356[6].
Terentilius Arsa 52.
Termin 332, **848**.
Territorialitätsprinzip 32.
Tertio quoque die 726.
Teſtament 964, **1011**, (gemeinſchaftliches) 1090.
Testamenti factio 1074[2].
activa 1074.
passiva 1019.
Teſtamentseröffnung 1089.
Teſtamentsformen 1076.
Teſtamentsvollſtrecker 977[16].
Teſtamentszeugen 1079.
Testamentum allographum 1080.
ad pias causas 1082[15].
apud acta conditum 1079.
calatis comitiis 64, 155, **1077**.
correspectivum 1091[27].
Dasumii 106[6].
desertum 1087.
destitutum 1087.
holographum 1080.
in procinctu 155, 1077.
irritum 1086.
iudici oblatum 1079[8].
militis 1082.
mutuum 1029[27].
mysticum 1023.
nullum 1086.
nuncupativum 1080.
parentum inter liberos 1082.
per aes et libram 158[4], 1077.
posterius imperfectum 1088.

Testamentum principi oblatum 1079.
privatum 1082.
reciprocum 1090[27].
ruptum 1087.
ruri conditum 1082.
simultaneum 1090[27].
tempore pestis conditum 1082.
Testatio 464[8].
Testes 307.
idonei, rogati, voluntarii 1079.
Teſtierbefugnis 1075.
Teſtierfähigkeit 1076.
Teſtierfreiheit **968**, 1011.
Textkritik 29.
Thesaurus 770.
Tiberius Coruncanius 118.
Tiere (Aneignung) 766, (Schaden) 669.
Tignum iunctum 657, 752[18], **758**.
Tities 47.
Tituli ex corpore Ulpiani 125.
Titulus adquirendi 265[1], **780**[2], (Erſitzung) 749.
possessionis 677.
Tod (Auftrag) 608, (Beſitz) 688, (Erbrecht) 935, **986**, 943, (Geſellſchaft) 626, (Klagenverluſt) 409[7], (Miete) 579[16], (perſönl. Dienſtbark.) 815, (Rechtsverluſt) 267, (väterliche Gewalt) 909.
Todeserklärung 203[6].
Toga praetexta **70**, 276.
Tote Hand 235[6], 715[10].
Totiens praescribitur 364[5].
Traditio 681, **785**.
Tragung der Gefahr **434**, 497[2], (Dienſtvertrag) 596, (Kauf) 550, (Miete) 576, (Wahlſchuld) 436, (Werkvertrag) 600.
Traktat 320.
Transactio 640.
Transitio ad plebem 56, **916**.
Translatio legati 1058.
Transmissio ex capite infantiae 986.
Transmissio ex capite in integrum restitutionis 986.
ex capite suitatis 987.
ex iure patrio 987.
Iustinianea 987.
Theodosiana 986.
Transmiſſion geht vor Subſtitution **986**, 1033.
Transmiſſionsfälle 941, **985**.
Transscriptio 486.
Trauerjahr 865.
Trebatius Testa 119.
Trennung der Gewalten 10.
Trennung von Tiſch und Bett 893[5].
Tres faciunt collegium **234**.
Tres libri 145.
Treuhänder 977[16].
Treu und Glauben 440[1].
Trias politica 10.
Tribonianus 130.
Tribu movere 63[4], **77**, 216.
Tribuni aerarii 48[3].
militum 54.
plebis 78.
Tribunus celerum 48.
Tribus 48.
rusticae, urbanae 63.
Tributus 63.
Tridentiner Konzil 868[15].
Triens 60[1].
Trinoctium 867.
Trinundinum 67.
Tripertita 157.
Tripondium 1026.
Triptychen 105[6].
Triumvirat 58, 59.
Trödelvertrag 489, **602**.
Turbatio sanguinis 865.
Turpis persona **228**, **863**, (Pflichtteil) 1099.
Turpitudo 227.
Tutela 920.
dativa 922, **924**.
fiduciaria 923.
impuberum 277, **921**.
indivisa 927.
legitima **284**, **923**.
pacticia 926.

Tutela testamentaria 922.
Tutor 276, **921**.
alterius generis 285.
Atilianus 924.
dativus 922.
falsus 932.
fiduciarius 285, **923**.
gerens 929.
honorarius 929.
legitimus 922.
notitiae causa datus 929[15].
optivus 285.
praetorius 924.
testamentarius 285, **922**.

U.

Überbau 726.
Übereignung 738.
Überfallsrecht 726.
Übergabe (Besitz) 682, (Eigentum) 739, (Kauf) 551.
Überhangsrecht 726.
Überlegungsfrist 983.
Übernahmesystem 847[16], **853**[6].
Übertragung 735.
Ubi rem meam invenio, ibi vindico 741[8].
Uferrecht 758.
Ulpian 124.
Ulpiani fragmenta 127.
Ultra alterum tantum **444**.
Ultra posse nemo obligatur 453.
Ultrotributa 78[4].
Umbilicus 137.
Umschaffung 509.
Umwandlung (Konversion) 316, (Novation) 483, **509**.
Unbenannte Realkontrakte 488.
Uncia 60[1].
Uneheliche Kinder 912.
Unerlaubte Handlungen 654.
Unerlaubte Rechtsgeschäfte 311.
Unersitzbarkeit 747.
Ungerechtfertigte Bereicherung 647.
Ungültigkeit (Rechtsgeschäfte) 313, (Ehe) 862[7].
Union 13.
Unitas actus 1080.
Universalfideikommiß 970, **1069**.
Universallegat 969.
Universalsuccession 266, (Erbrecht) 942.
Universalvermächtnis 969, **1069**.
Universitas **232**, 624.
facti 243.
inordinata 236.
iuris 245.
ordinata 236.
rerum 242.
Universitätsstudium 42[2].
Unkörperliche Sachen 240[2].
Unmittelbarer Besitz 676[4].
Unmittelbare Staatsbeamte 82[2].
Unmittelbare Stellvertretung **337**, 479[2].
Unmöglichkeit 453, (Gattungsschuld) 434, (Legat) 1059, (nachfolgende) 492, (ursprüngliche) 492, (Wahlschuld) 437.
Unsittlichkeit 313.
Unteilbarkeit 262, (Grunddienstbarkeiten) **438**, 542, (Pfandrecht) 838, (Servituten) 802.
Unterbrechung (Ersitzung) 754, (Verjährung) 333.
Untereigentum **711**[3], 791.
Unterhaltspflicht 900.
Unterlassungen 661[10a].
Untervermächtnis 1042.
Unus casus 138[1], **772**[3].
Unvererbliche Rechte 409[a], **943**, 991.
Unverjährbarkeit 360.
Unvordenkliche Verjährung 359.
UR.-Uti rogas 68.
Urheberrecht 760.
Urkundenwesen 104[6].
Ursächlicher Zusammenhang 446.
Urteil 411.
Urteilselemente 414[3].
Urteilszinsen **419**[7], 442.
Usance 18.
Usualinterpretation 29.
Usucapio 742.

Usucapio ex Rutiliana constitutione 745[6].
libertatis 706, **816**, 857.
pro herede **744**[6], 959.
Usurae 440.
Usureceptio 745[6].
ex fiducia 745[6].
ex praediatura 745[6].
Usurpatio 754.
Usus 809, (Eheschließ.) 867.
Usus auctoritas **744**[6].
Ususfructus 803.
bonorum 805.
causalis 804[3].
formalis 804[3].
legatus 1055.
maritalis 815[5], **874**[1].
nominis 805.
Usus modernus pandectarum 39.
Uti frui licere 573.
Uti legassit ita ius esto 102, **963**.
Utilis rei vindicatio 774.
Utile non debet per inutile vitiari **314**.
Uxor 859[3].

V.

Valerius Probus 117[1].
Varro 116[1].
Väterliche Gewalt 901.
Vatikanische Fragmente 128.
Vectigal 794.
Vectigalia publica 57.
Venditio sub corona, hasta 735.
trans Tiberim 205[1].
Venia aetatis **281**, 424.
Veränderungen werden nicht vermutet 751[17].
Veranlassungsprinzip 169, **447**, 655[3].
Verarbeitung 762.
Veräußerung 266, (Erbschaft) 1112, (Sachen) 729.
Veräußerungsfähigkeit 275.
Veräußerungsverbot **312**, 717[18], (Legat) 1063, (Vorerbe) 1071[4], (Vormund) 930.
Verba solemnia 156, (Erbeinſ.) 1022.
Verbalinjurie 664[14].
Verbalkaution 421.
Verbalkontrakt 476.
Verbaloblation 466.
Verbannung 181, 214[3].
Verbindung 757.
Verbis coniunctio 1026, (Legat) 1048.
Verborum obligatio 159, **476**.
Verbotene Eigenmacht 375[1], 677, **692**.
Verbrauchbare Sachen 260, (Nießbrauch) 804.
Verein **282**, 620.
Vererblichkeit 943, (Besitz) 688, (Bürgschaft) 634[4], (Dienstbarkeiten) 803, (Klagen) 409.
Verfahren (Besitzklagen) 698, (in iudicio, iure) 166, (rei vind.) 779.
Verfassungsrecht 23.
Verfügung, einstweilige (Bau) 723[6], (Besitz) 700[16].
letztwillige 270, 963, **1011**.
Verfügungsbefugnis 275.
Vergleich 640, (Alimente) 1057.
Verität 532.
Verjährung 357.
(der Litispendenz) 361, **367**[18], 755[21].
(Pfandrecht) 841.
(Servituten) 816.
Verkehrsfähigkeit 253.
Verklarung 603[3].
Verlöbnis 858.
Vermächtnis 967, **1088**.
ad pias causas 1064.
(Errichtungsform) 1084.
nehmer 967, **1042**.
vertrag 1092.
(Widerruf) 1057.
Vermischung 761.
Vermutung siehe praesumtio.
Vernehmungstheorie 309.
Veroneser Fragmente 145.
Verordnung 15.

Verpflichtungsfähigkeit 275.
Verrius Flaccus 117[1].
Ver sacrum 47[1].
Versäumnisverfahren 397[4].
Verschaffungsprinzip 552.
Verschaffungsvermächtnis 1052.
Verschulden 454.
Verschuldensprinzip 169, 447, 655[4].
Verschweigung 856[7].
Verschwendung 282, 856[7].
Versicherungsvertrag 630.
Versio in rem 850.
Versuch 171.
Verteidigungsmittel 392.
Vertrag 269, 818.
  dinglicher 475[1].
  einseitiger, zweiseitiger 269.
  zu Gunsten dritter 499.
  zu Lasten dritter 501.
Vertragsinteresse, negatives 311, 492[21].
  positives 492[21].
Vertragsstrafe 501.
Vertragstheorien 308.
Vertrauenstheorie 289[1].
Vertretbare Sachen 257.
Vertretung 335.
Verurteilung, bedingte 23[22].
Verwahrungsvertrag 613.
Verwaltungsgemeinschaft 873[1].
  recht 23.
  verordnung 15.
Verwandtschaft 897, (Ehehindernis) 863, (Erbfolge) 951.
Verwendungen (Besitzer) 777, (Ehemann) 886, (Erbschaftsbesitzer) 1001, (Leihe) 585, (Pfandrecht) 841.
Verwirkung 267, (Eigentumsübergang) 733[8], (väterliche Gewalt) 910.
Verwirkungsklausel 505.
Verzicht 266, (Erbrecht) 1092, (Servituten) 816.
Verzug 463.
Verzugszinsen 442.
Veteres 116.
Vetus Codex 132.
Vetustas 359.
Vi, clam, precario 675.
Via 800.
Vicesima hereditatum 87[1], 1089.
Viehkauf 559[5].
Vim vi repellere licet 374, 692.
Vindicatio gregis 248, 775.
Vindiciae 780.
Vindicias dato secundum libertatem 101, 206[2].
Vindikationslegat 1040.
Vis absoluta 300.
  armata 702[21].
  compulsiva 300.
  cottidiana 702[21].
  (Erbeinsetz.) 1017.
  ex conventu 699, 780.
  maior 458.
  (Strafrecht) 180.
Vitalität 202[2].
Vitiosa possessio 677, 696.
Vitium aedium 720.
Vitricus 221.
Viventis nulla hereditas 936.
Volk 3.
Völkerrecht 24.
Volksrecht 17.
Volkstribun 78.
Volljährigkeit 278, 280[2].
Volljährigkeitserklärung 281.
Vollmacht 343.
Volumen parvum 147.
Vorausklage 638.
Vorausvermächtnis 1043.
Vorbehaltsgut 874[1].
Vorerbe 971[8], 1082[21].
Vorflut 725[9].
Vorkaufsrecht, dingliches 819.
  (Emphyteuse) 793.
  gesetzliches 562[4].
  persönliches 562.
Vorlegung 645.
Vormundschaft 920.
Vorsatz 455.
Votum 319, 475.
Vulgarsubstitution 1082, 1045.
Vulgathandschriften 143.

W.

Wahlschulden 435.
Währung 259.
Wahlvermächtnis 1052.
Waisenrat 924[7].
Wandelpön 502.
Wandelungsklage 558.
Wartezeit 865.
Wasserrechte 800.
Weg (öffentlicher) **255**[3], 718.
Wegerechte 800.
Werklieferungsvertrag 599[4].
Werkvertrag 597.
Wer säet, der mähet 252.
Wert 263.
Wertpapier 644.
Wertschulden 259.
Wette 629.
Widerruf (Emanzipation) 911, (Freilassung) 210, (Schenkung) 568, (Testament) 1087, (Vermächtnis) 1057.
Widerrufliches Eigentum 714.
Wiederkauf 562.
Wiederverheiratung 895.
Wildschaden 669[25].
Willenserklärung 288, 303.
Willensmängel 288, (Testament) 1015.
Willenstheorie 289[1], (Besitz) 675[4].
Wissen und Wollen 264.
Woche 351.
Wohnsitz 231.
Wucher 313[4].
Würderungsklage 558.
Wurzeln 726[10].

Z.

Zeitbestimmung 332, **348**, (Erbeinsetzung) 1013.
Zeugen 307, (Kodizill) 1084, (Testament) 1079.
Zeumer 890[3].
Zinsen 440.
Zinsfuß 443.
Zinsrückstände 444.
Zubehör 247.
Zufall 458.
Zugeständnis 396.
Zurückbehaltungsrecht 470.
Zustimmung 345.
Zwang 300, (Testament) 1017.
Zwangsvollstreckung 468.
Zweck 271[3].
Zwingendes Recht 25.
Zwischenzinsen 453.
Zwitter 223.
Zwölftafelgesetz 52, **100**.

Ex M L.S.
2-26-04.

Druck von E. Buchbinder in Neu-Ruppin.

Von den über diese Bände erschienenen Besprechungen erwähnen wir hier nur folgende:

Zeitschrift für Handelsrecht (Kammergerichtsrat Keyßner, langjähriges Mitglied der Justiz-Prüfungskommission): . . . . Wer nach den Heilfronschen Lehren gearbeitet hat, dem werden dieselben bleibend wertvolle Begleiter in der amtlichen Tätigkeit sein.

Archiv für Bürgerliches Recht (Prof. Dr. Oertmann-Erlangen): Das Werk gibt fast durchgängig auf Grund des Standes der modernen Forschungen eine etwa in Form und Umfang eines Kollegheftes gehaltene klare und gefällige Übersicht.

Deutsche Juristenzeitung (Professor Dr. v. Tuhr-Straßburg): Auch das besonders zu Examenszwecken verwendbare kleinere Lehrbuch von Heilfron hat eine zweite Auflage des allgemeinen Teils erlebt und ist durch den dritten Band: Sachenrecht, ergänzt worden. Die pädagogische Geschicklichkeit des Verf. zeigt sich in der Behandlung schwieriger Partien, so z. B. im Grundbuchrecht. Zum Nutzen des Lesers wird stets der Zusammenhang mit dem älteren Recht dargelegt oder wenigstens angedeutet.

Juristische Monatsschrift: Dieses Buch nimmt den richtigen Mittelstandpunkt zwischen Repetitorium und Lehrbuch ein und zeichnet sich vorzüglich in der Darstellung der Art und Weise der Rechtsentwickelung aus. Es dürfte unter den vorhandenen Werken ähnlichen Charakters entschieden das beste und brauchbarste und daher für den Zweck, für welchen es bestimmt, am meisten geeignet sein.

Zu beziehen durch jede Buchhandlung, sowie durch die Verlagsbuchhandlung.